[illegible]	١١	١٤	١
[illegible]	٢	٧	١٢
٣	١٠	٩	٦
[illegible]	٥	٤	١٥

الجزء الأول من كتاب ايضاح الفوائد

في شرح اشكالات القواعد

للمحقق الهمام ... الشيخ العلامة مفتي الفرق جامع المجتهدين
... الشيخ السعيد جمال الدين ... يوسف
... عبد الله ... واعيد ...
... الطاهرين

من جملة كتاب ايضاح ... الكاتب
محمد حسن ... اسماعيل ...
... حسين ...
وهو ... واحد
... سنة ...

لا اماللك الا هو
صار للعبد قبل الرضوى
بالشراء المقرر الشرعي

... كتب ... حسين محمد حسن ...

بسم الله الرحمن الرحيم ربّ يسّر

الحمد لله ذي العزة والبقاء والقدرة والعلاء والمجد والكبرياء والسلطان
القاهر والعز الباهر المنزه عن إدراك النواظر المقدس عن
أحمده على نعمه الغامرة وأشكره على مننه الوافرة وصلى الله على أكرم نسمة
المنعوت بالعصمة محمد المصطفى وآله الطاهرين المعصومين أما بعد فلما كان
شيخنا الأعظم وإمامنا المعظم أفضل المتأخرين والمتقدمين لسان الحكماء
والمتكلمين مؤسس قواعد المسلمين المؤيد بالنفس القدسية والأخلاق النبوية
والدي جمال الملة والدين أبو منصور الحسن بن الإمام السعيد العلامة ملك المناظرين
أفضل المتفقهين سديد الملة والدين يوسف بن المطهر أدام الله أيامه الموسوم
بقواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام هو أشرف الكتب الفقهية وأسناها
قدرا فيها وأعلاها لما اشتمل على غوامض أسرار تحقيقية وقد أشار إلى نكتها
البارع في الأصولين إذ كان آخذا من سائر العلوم بحظ جامعا بين تحقيق وحفظ
طويل المطالعة كثير المباحثة واستكمل رموزه واستشكل الأئمة وكان أعز إخواننا
في الدين ومعاصرنا في طلب اليقين سألني أن أعمل كتابا كاشفا لإشاراته فأمرني والدي
أدام الله أيامه بإجابته فبادرت إلى مقتضى أمره خوفا من الإخلال بطاعته وعملت
هذا الكتاب وسميته بإيضاح الفوائد في شرح إشكالات القواعد وأنا أسأل الله تعالى
حسن التوفيق وإصابة الحق بالتحقيق

كتاب الطهارة

وفيه مقاصد **الأول** في أنواعها وأسبابها

قال دام ظله ويكفي غسل الجنابة عن غيره لو جامعه دون الحيض فإن انضم الوضوء فإشكال
أقول يحتمل الإجزاء لوجوه أ أن غيره إنما لم يجز عنه لنقصه للاحتياج إلى الوضوء فلما انضم
إليه الوضوء تم فأجزأ كوضوء حدث البول المجزي عن حدث الغائط ب أنه مع الانضمام
إن استباح الصلاة ثبت المطلوب لتوقف الاستباحة على رفع حدث الجنابة والأمر تبقى
لوجوبهما فإذا وصار وجودهما كعدمهما وهو محال لأن الفعل الواجب إنما يجزي عن
فعل آخر وجب إذا اشتمل على جميع وجوه الوجوب فيه فإن اشتمل الآخر كذلك وجب
إجزاؤه عنه وإلا استحال اجتماعهما في الوجوب اختيارا ج ما رواه زرارة في الحسن
عن

عن أحدهما عليهما السلام أنه قال في حديث طويل المرأة يجزيها غسل واحد لجنابتها وحيضها
وجمعتها وغسلها من حيضها وعيدها ولم يشترط نية الجنابة إذ الإطلاق فلو كان المراد
أحدهما لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة أو الخطاب بما له ظاهر وهو محذور خصوصا في
الحكيم لإيهام الكذب وفيه نظر د وما رواه محمد بن علي الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال
يجزيك غسل الجنابة والحيض واحد فيقول لما أنت بغسل الحيض مع الوضوء فقد أتيت بغسل الجنابة
والأمر يصدق الوحدة وفي سنده ضعف والوحدة والمساواة للتفي العموم كما بين في
الأصول ولفظ الوحدة مقول بالتشكيك على معان ه ورواية جميل عن أبي جعفر عليه السلام
قال إذا حاضت المرأة وهي جنب أجزأها غسل واحد ويحتمل العدم لوجهين أ أن
الغسل وحده المجزي والوضوء ليس له مدخل في رفع حدث الجنابة والأمر الوضوء مع
التنصيص عليه وهو باطل اتفاقا ب الجنابة سبب لوجوب الغسل والأصل عدم إجزاء
غيره عنه والكامل في ذاته أكمل من المتمم **قال** دام ظله ولو نوى الاستباحة أجزأ على إشكال
أقول لو نوى الاستباحة للغسل احتمل الإجزاء لقوله عليه السلام لكل امرئ ما نوى ولعدمه
لأنه لو أجزأ لكان إما باعتبار انصرافه إلى غسل الجنابة وهو باطل لاشتراك نية الاستباحة
بينهما ولا أولوية ولا أنه لما بطل اشتراك الكلي بالنية الاستباحة فمختص بالجنابة ترجيح من غير مرجح
أو لاقتضائه نية الاستباحة المطلقة رفع الأحداث وهو باطل وإلا لأجزأ غسل الحيض
المنوي به الاستباحة عن الجنابة لوجود العلة والأقوى كما أن نية الاستباحة المطلقة
في رفع حدثين اشتركا في رفعهما مع تعدد ها بأحدهما كالبول والغائط وليس كما هنا
والأول أقوى لأنه نوى شيئا فيحصل له للحدث المقدم ذكره ولاقتضائه رفع كل واحد
عند الانفراد فكذا عند الاجتماع لعدم ما نفيه أحدهما الآخر ولرجحان عدم الانفعال
كان عدم الإجزاء أقوى إشكالا ولو أراد الاحتجاج باستلزام نية اللازم لجواز العلة
عنه لأنه ليس بين وعدم إرادة اللازم **قال** دام ظله ولو توضأ قبل الاستنجاء
صح وضوؤه وعندي أن التيمم إن كان لعذر لا يمكن زواله فكذلك **أقول** هذا مبني على
أن التيمم هل يصح في أول الوقت مطلقا أو عند العلم بعدم زوال العذر أو لا مطلقا وهو كلي
قال دام ظله الأقرب جواز الاستنجاء بغير المعتاد إذا صار معتادا **أقول** للأقرب
وجهان أ أن المخرج كلي طبيعي يصدق على الطبيعي وغيره مما هو معتاد ولزوم الحكم
الكلي يستلزم ثبوته لأفراده ب أن المشترك وجوده فيهما فناسب رخصة الاستنجاء

وأما غير المعتاد فهو بمنزلة أنا النجاسة ويحتمل عدمه لأن الأصل عدم زوال
النجاسة إلا بالماء خرج عنه المنصوص فبقي الباقي على أصله ولأن المخرج إنما يطلق حقيقة
على المعهود لأنه المتعارف والسابق إلى الذهن **المقصد الثاني** في المياه **قال**
دام ظله ولو وافقت النجاسة الجاري في الصفات فالوجه عندي الحكم بنجاسته إن
لو كان يتغير بمثلها على تقدير المخالفة وإلا فلا **أقول** وجه اختيار المصنف وجود
المقتضي وهو صيرورة الماء مقهوراً لأنه كلما لم يصر مقهوراً لم يتغير بها على تقدير
المخالفة وينعكس بعكس النقيض إلى قولنا كلما تغير على تقدير المخالفة كان مقهوراً
ولا يلزم من عدم أمارة الشيء عدمه والاحتياط ويحتمل عدم التنجيس مطلقاً لأصالة
الطهارة وانتفاء المقتضي للتنجيس وهو التغير حقيقة لقوله عليه السلام خلق الله الماء
طهوراً لا ينجسه إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه **قال** دام ظله الثاني لو وافقت عين
البئر كان كراً فصاعداً لما نقعا على إشكال **أقول** منشأه وجود حقيقة الماء
بل هي كعين من حيث مشابهته للأجسام الجامدة لعدم استهلاك الواقع فيه واتصاله به
اتصال مماسة لا ممازجة ولا يشتغل عن باقي الأجزاء والحق الطهر والمصنف أسقط
هذا الإشكال وعمل بالحق **قال** دام ظله وإن لا ينتن من غير تغيير ففوران
أقربهما البقاء على الطهارة **أقول** اختلفوا في تنجيس البئر بمجرد ملاقاة النجاسة
فقال الشيخان وسلار وابن إدريس بالتنجيس لأن علي بن يقطين سأل الكاظم
عليه السلام عن البئر يقع فيها الحمامة أو الدجاجة أو الفارة أو الكلب أو الهرة فقال
يجزيك أن تنزح منها دلاء فإن ذلك يطهرها إن شاء الله وهذه الرواية تدل على
وجوب النزح بقوله يجزيك فإن الإجزاء يستعمل في الإتيان بالواجب وعلى أن النزح
هو المؤثر في تطهيرها ولو كانت طاهرة قبله لزم تحصيل الحاصل أو اجتماع الأمثال والرواية
صحيحة وقال الشيخ في بعض كتبه وابن أبي عقيل والمصنف بعدمه وهو الحق لقول
الرضا عليه السلام ماء البئر واسع لا يفسده شيء إلا أن يتغير ريحه أو طعمه فينزح
منه حتى يذهب الريح ويطيب طعمه لأن له مادة وهذا هو الحق عندي لأن
النبي صلى الله عليه وآله كان ينزل على آبار المشركين في الحروب ولم يأمر بالنزح ولا
لنقل كما نقل غيره من أوامره ونواهيه وكيف وهو مما تعم به البلوى والجواب

عن

عن حجتهم أن هذه الرواية دالة على الطهارة لتفرقته بين طاهر والطاهر لا بعارض
النقض ولا تقاوم فاشتملت على علة الحكم وحملها والمراد في قوله يطهرها الطهارة اللغوية
جعل النزح **قال** ولو لم يكف المطلق للطهارة فتمم بالمضاف الطاهر وبقي
الاسم صح الوضوء والأقرب وجوب التتميم **أقول** ذهب الشيخ إلى عدم وجوب التتميم
وإلى جواز الوضوء معه لعدم استلزام الاشتباه في الجنس اتحاد الحقيقة والوجوب
تابع لاتحاد الحقيقة وصحة الوضوء لصدق الاسم ووجه اختيار المصنف أن الاستعمال تابع
للاسم وإلا لم يجز وقول الشيخ متضاد وليس بجيد فإن وجوب الوضوء مشروط بوجود الماء
والتمكن منه ومطلق بالنسبة إلى تحصيل الماء واستعماله فالمطلوب إيجاد الماء لعدم وجوب
الواجب المشروط وبعد الوضوء به مع حصوله **قال** دام ظله وأما ماء الغسل من الحدث
الأكبر فإنه طاهر إجماعاً ومطهر على الأصح **أقول** الماء المستعمل في الغسل هو
الماء المنفصل عن الأعضاء المستعمل في طهارة مستبيحة للصلاة من الحدث الأكبر أجمع
أصحابنا على طهارته وكونه مطهراً من الخبث وهل يطهر من الحدث الأصغر أو الأكبر بمعنى
أنه يبيح الصلاة من أحدهما اختلف أصحابنا فيه وما اختاره هنا هو اختيار المرتضى وابن
إدريس لوقوع الخبث وهو أقوى وللاستصحاب وهو الحق عندي لقوله تعالى فلم تجدوا
ماء فتيمموا علق التيمم على فقد الماء مطلقاً فتجوز الطهارة به مطلقاً سواء كان مستعملاً
أو غير مستعمل وإلا لكان يتخذ غير المستعمل مكانه وللجود ولقول النبي عليه السلام
إن الماء طهور لا ينجسه شيء علق على مطلق الماء وهو من الحسان رواه أبو سعيد الخدري
وقول الأئمة عليهم السلام الماء يطهر ولا يطهر ولأن الطهورية ثبتت لصفات خلقية للماء
وهي باقية واستنادا عليه السلام إلى ذلك بقوله خلق الماء طهوراً وذهب الشيخان وابنا بابويه
إلى عدمه لمناسبة فيه ولقول الصادق عليه السلام الماء الذي تغسل به الثوب أو يغتسل به
الرجل من الجنابة لا يجوز أن يتوضأ به ولقول النبي صلى الله عليه وآله لا يغتسل أحدكم في الماء
الدائم وهو جنب فلولا أنه يفسده لما نهى عنه وهذا الحديث من الصحاح ولأن الصحابة
لم يجمعوه لدى الأعوان **والجواب** النهي للكراهة وعدم جمع الصحابة ليس حجة وأيضاً
فإن الصحابة لم يجمعوا ماء الوضوء لدى الأعوان أيضاً وهو مطهر بإجماع علمائنا **قال**
دام ظله أما القليل فإنما يطهر بإلقاء كر دفعة عليه لا بإتمامه كراً على الأصح الماء
أقول هذا اختيار الشيخ وابن الجنيد وهو الأظهر للاستصحاب ولأنه خالط
للنجاسة في تنجيس القليل لامتناع اجتماع طهارته مع نجاسة بعضه الحكم

لان بلوغ الكرية اما ان تقتضي التطهير او لا واما ما كان شيء في الموضعين اذ لا يقتضي
عدمه عند القائل به لكن الثاني ثابت لنقل ابن ادريس الاجماع عليه والاجماع المنقول
بخبر الواحد حجة وقوله اي نجس على الاسلم ولا تغتسل من البئر التي تجتمع فيها ماء
الحمام لخبث وقال السيد المرتضى والقاضي وسلار وابن ادريس يطهر لوجود
الكرية الرافعة للنجاسة وهو ممنوع وتردد في المبسوط قال دام ظله
اوجب بعض هؤلاء نزح الجميع فيما لم يرد فيه نص وبعضهم اربعين اقول القولان للشيخ
في المبسوط واحتج ابن ادريس وابن زهرة للاول لانه نجس ولم يرد الشرع له مطهرا
والخيار ابن حمزة الثاني لاستشهاده ولم نقف فيه على رواية قال دام ظله او
لتعذر الا نزح العدد فالاقرب الاكتفا اقول وجه القرب استحالة ورود
النزح على التلاف فالمراد الماء والدلاء معتادا فيكون القدر مرادا او تقييده بالعدد
لانضباطه وظهور بطلان غيره ويحتمل عدمه لصورة الامر قال دام ظله
ولو بان تغيرها بغير النزح والانفعال فالاقرب نزح الجميع وان زال ببعضه او كان على
اشكال اقول وجه القرب الحكم بنجاسته وتعذر ضابط تطهيره ويحتمل نزح
ما يزيل التغير لو كان موجودا لانه المناط مع التغير حقيقة فمع تقديره اولى والنزح
الاول قال دام ظله ولو اشتبه المطلق بالمضاف تطهر بكل واحد منهما طهارة مع
انقلاب احدهما فالوجه الوضوء والتيمم وكذا يصلي في الباقي من الثوبين وعاريا مع احتمال
الثاني خاصة اقول يحتمل سقوط الوضوء لانه انما كلف بالوضوء بالماء المطلق علما
او ظنا وهو منفي هنا لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا جعل فقد الماء سببا للتيمم
ولا فرق بين فقده وفقد العلم به مع عدم امكانه والا لزم التكليف بالمحال والثاني
يتوجه والوجه وجوبهما لعدم حصول يقين البراءة الا به وكذا البحث في الثوبين المشتبهين
لو تلف احدهما فانه يحتمل ان يصلي عاريا لحصول الصلاة في ثوب طاهر علما او ظنا وهو منفي
هنا بخلاف الصلاة في الثوبين والوضوء بالماءين لحصول العبادة بيقين ويحتمل
وجوب صلاتين عاريا وفي الثوب لما تقدم في الماءين فقوله مع احتمال الثاني خاصة
يريد الثاني في المسئلتين وهو التيمم خاصة في المسئلة الاولى وعاريا في المسئلة الثانية
اي يصلي عاريا خاصة فيصلي في المسئلتين صلوة واحدة قال دام ظله ولو اشتبه
بالمغصوب وجب اجتنابهما فان تطهر بهما فالوجه البطلان اقول وجه البطلان

انه

انه منهي عنه لاستلزامه التصرف في المغصوب بغير الاذن والنهي في العبادات يقتضي الفساد
ولا يمكن القلب لانه شرط المكلف بخلوه عن وجوه المفاسد واستلزامه الجواز
في المغصوب بخلاف المجموع فيرجع بالابطال ويحتمل الصحة لانه تطهر بماء مملوك مباح
فان تعدد حدثه فزال المانع كما لو ازال النجاسة بالمغصوب ولعدم دلالة النهي على الفساد
عند البعض والاول اقوى لانه عبادة محضة بخلاف ازالة النجاسة قال دام
ظله وهل يقوم ظن النجاسة مقام العلم فيه نظر اقربه ذلك ان استند الى سبب اقول
قال ابو الصلاح يقوم لان الشرعيات كلها ظنية ولان العمل بالمرجوح مع قيام الراجح
باطل اجماعا وقال ابن ادريس لا يقوم للاصل وقال المصنف يقوم ان استند الى سبب كاخبار
ولا لرجحانه على الاصل لرجحان الشهادة وضعف مع عدمه كالغاء شهادة الواحد الموجب
للظن بالنجاسة قال دام ظله ويجب قبول العدلين فان عارضهما مثلهما فالوجه
الحاقه بالمشتبه اقول التعارض اما في اناء واحد او انائين فهنا مسئلتان الاولى
فيما اذا كان التعارض في اناء واحد ويحتمل اربعة وجوه آ العمل ببينة الطهارة لا
عتضادها بالاصل وهو قول بعض الاصحاب ب الطهارة للتعارض الموجب للتساقط
والرجوع الى الاصل فعلى الثاني لو شهدت بينة اخرى بالنجاسة لو شهدت وحدها معارضة
لبينة الطهارة لم ترجح بينة الطهارة باحد وجوه ترجيح البينة عليها عمل بالنجاسة
هنا لسقوط بينة الطهارة بالاولى وعلى الاول تعمل بالطهارة ولعلم انه فرق بين
التساقط وتعادل الامارتين عند المجتهد فان الساقط في الاول باطل والملغى في
ج النجاسة للتنافي ناقلة عن حكم الاصل وتلك مقررة والناقل اولى من المقرر عند التعارض
ولموافقتها الاحتياط ولترجيح الشارع الاجتناب عن النجاسة على تحصيل الطهارة
ولهذا نزيل النجاسة بالماء ونتيمم مع القصور ولانها في معنى الاثبات والطهارة في معنى النفي
وهذان الوجهان للشيخ واختاره ابن ادريس للثالث د الحاقه بالمشتبه لصدق احدهما
لا بعينها المسئلة الثانية ان يكون التعارض في انائين فيحتمل الطهارة للتعارض
والتساقط فيرجع الى الاصل والاقوى الحاقه هنا بالمشتبه لاتفاق البينتين على نجاسة
احد الانائين والتعارض انما هو في التعيين فيحكم بما لا تعارض فيه ونتوقف في موضع
التعارض وهذا هو معنى حكم المشتبه قال دام ظله ولو اشتبه استناد موت الصيد
في القليل الى الجرح او الماء احتمل العمل بالاصلين والوجه المنع اقول لاصالة الطهارة
حكمان آ الحكم بها ب حل الصيد ولاصالة الموت حكمان تلحق احكام الميتة للصيد
الموت

والاصح عندي اختيار المصنف

نجاسة الماء فيحكم بكل منهما في نفسه لاصالته فيه دون الآخر لعدم تيقنه ولعدم
العلم بحصول سبب كل منهما والاصل عدمه ولا تضاد لعدم تضاد سببيهما لان
سبب الحكم بالطهارة هو عدم العلم بموت الصيد بخلاف انفه وسبب تحريم الصيد عدم
العلم بذكاته وهما لا يتضادان لصدقهما هنا لانه المقدر وكما لم تتضاد الاسباب
لم تتضاد المسببات والاقوى الحكم بنجاسة الماء لامتناع الخلو عن
الملزومين اعني موت الصيد بالجرح او لا بالجرح المستلزمين لحل الصيد فانه لازم للاول
ونجاسة الماء فانه لازم للثاني وامتناع الخلو عن الملزومين مستلزم لامتناع الجمع بين نقيضي
اللازمين وتحريم الصيد ثابت بالاجماع فيثبت الحكم بالنجاسة قال دام ظله ولا يطهر
العجين بالنجس بخبزه بل باستحالته رمادا او روي بيعه على مستحل الميتة او دفنه
اقول رواية البيع هي رواية محمد بن علي بن محبوب في الصحيح عن محمد بن الحسين عن ابن ابي
عمير عن بعض اصحابنا قال وما احسبه الا ... الحفص بن البختري قال قيل
لابي عبد الله عليه السلم في العجين يعجن من الماء النجس كيف يصنع به قال يباع ممن يستحل
اكل الميتة وروى محمد بن ابي عمير في الصحيح عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلم قال
يدفن ولا يباع وعمل الشيخ في الاستبصار بطهره بالنار لما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن ابي عمير
عمن رواه عن ابي عبد الله عليه السلم في عجين عجن وخبز ثم علم ان الماء كانت فيه ميتة قال
لا باس اكلت النار ما فيه ... الطهارة الماء بان لا يكون الميتة قد نجسته
او بسبب ... النار وحمله على الاول لا يبقى لذكر اكل النار فائدة فتعين الثاني والجواب
انا نختار الاول وذكر النار لدفع كراهة النفس

المقصد الثالث في النجاسات

قال دام ظله والاقرب طهارة المسوخ ومن عدا الخوارج والغلاة والنواصب
والمجسمة من المسلمين اقول حكم الشيخ رحمه الله بنجاسة المسوخ والمجبرة والمجسمة
واختار المصنف طهارة المسوخ والمجبرة للاصل احتج الشيخ على نجاسة المسوخ
بانه يحرم بيعها ولا مقتضي له الا النجاسة فيكون نجسة اما المقدمة الاولى فلما رواه مسمع
عن ابي عبد الله عليه السلم ان رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن القردة ان تشترى او
تباع واما المقدمة الثانية فللاستقراء الحاصر ولما ثبت نجاسة القرد ثبت نجاسة غيره
من المسوخ لعدم فرق الامة بينها والجواب منع المقدمتين والرواية ضعيفة
السند والنهي هنا للكراهة جمعا بين الادلة ولاصالة الحكم بطهارتها ... ومن ذهب الى نجاسة
المجبرة ... غير المؤمن لقوله تعالى كذلك يجعل الله الرجس على الذين لا يؤمنون وقوله

قال

ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه والايمان يستحيل مغايرته للاسلام

تعالى ان الدين عند الله الاسلام ومن ليس بمؤمن ليس بمسلم وليس بمحقق لقوله
عليه السلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله محمد رسول الله والمراد
بالايمان هنا الاسلام استعمالا للفظ الخاص في العام قال دام ظله
والفارة والوزغة والثعلب والارنب وعرق الجنب من الحرام والابل الجلالة
اقول حكم الشيخ بنجاسة الفارة للامر بغسل اثرها على الثوب والامر
للوجوب ولا شيء من غير النجس يجب غسل اثره اما المقدمة الاولى فلما رواه علي بن جعفر
في الصحيح عن اخيه موسى عليه السلم قال سألته عن الفارة الرطبة التي وقعت في
الماء تمشي على الثياب ايصلى فيها قال اغسل ما رأيت من اثرها وما لم تره فانضحه بالماء
واما المقدمة الثانية فقد بينت في الاصول واما الثالثة فظاهرة والجواب
المنع في المقدمة الثانية والثالثة واجيب ايضا بالمعارضة بما رواه الحسين بن سعيد
عن علي بن النعمان عن سعيد الاعرج قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن الفارة تقع في
السمن او الزيت ثم تخرج منه قال لا باس باكله ويستحيل ان ينجس الجامد بها ولا ينجس
المائع وفيه نظر لان رواية علي بن جعفر من الصحاح وهذه ضعيفة السند احتج
المطهر بقول ابي الفضل البقباق فلم اترك شيئا الا سألته عنه اعني ابا عبد الله عليه
السلم قال لا باس والاصل في الاشياء الطهارة لقوله تعالى خلق لكم ما في الارض
جميعا وانما يتم الانتفاع بالطهارة وانما الحكم بالنجاسة بدليل ولم يثبت ولان
الحكم بنجاستها حرج لعسر الاحتراز عنها وهو منفي بالاية والاولى حمل الامر
بالغسل على الاستحباب جمعا بين الادلة وبنجاسة الوزغة لقول ابي عبد الله
عليه السلم في حديث طويل عن الوزغة فانه لا ينتفع بما يقع فيه والنكرة المنفية
للعموم احتج المطهر بالاصل وهو الحق لاستلزامه الحرج المنفي بالاية و
المقدمتان ظاهرتان ونفي الانتفاع ليس بعام لقبوله التقييد به وبالخاص
فيكون مغايرا وحكم الشيخ وابن البراج وابو الصلاح بنجاسة الثعلب والارنب
لا امر ما سمعها بعد لين (?) احتج المطهر بالاصل وبانه كلما كان سورهما طاهرا
كانا طاهرين لكن المقدم حق فالتالي مثله بيان الملازمة ان نجاسة الماء القليل بملاقاة
الحيوان النجس وسوره قد ثبت في نجس القليل وسلمه كل من قال به واما حقية
المقدم فلما رواه الفضل ابو العباس في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه

السلام عن فضل الهر والشاة والبقر والابل والخيل والبغال والوحش والسباع
فلم اترك شيئا الا سألته عنه فقال لا بأس حتى انتهيت الى الكلب فقال رجس
نجس الحديث والثعلب والارنب داخلان في السباع والوحش وفي قوله فلم
اترك شيئا الا سألته عنه والجواب عن حججهم بان امره ما بينهما بغسل يده
انما ورد في رواية يونس عن بعض اصحابه عن ابي عبد الله عليه السلم قال سألته
هل يجوز ان يمس الثعلب والارنب او شيئا من السباع حيا او ميتا قال لا يضره
ولكن يغسل يده وهذه الرواية مرسلة ومحمولة على الاستحباب وحكم السيد
وابن البراج بنجاسة عرق الجنب من الحرام للامر بغسله وعرق الابل الجلالة لقول ابي عبد الله
عليه السلم لا تأكلوا لحوم الجلالة فان اصابك من عرقها فاغسله **لنا** انها غير نجس
فلا ينجس عرقهما والامر هنا للاستحباب **قال** دام ظله ولو زاد الدم عن سعة
الدرهم مجتمعا وجبت الازالة والاقرب في المتفرق الازالة ان بلغه لو جمع
اقول هذا مذهب الشيخ في المبسوط للاصل ولقول ابي جعفر عليه السلم وان
كان اقل من الدرهم فلا يعيد الصلاة وان كان اكثر من درهم فليعد اداراه فلم
يغسله علق على مطلق لا اقل ولا اكثر وقال الشيخ في النهاية لا يجب الازالة الا
الامع التفاحش لعدم وجوب ازالة كل واحد فكذا المجتمع كما في الثياب
قال دام ظله وفي تطهير الكلب والخنزير اذا وقعا في المملحة وصارا ملحا
والعذرة اذا امتزجت بالتراب وتقادم عهدها حتى استحالت ترابا نظر
اقول منشأ النظر ان العين وهي الجسمية الخاصة موجودة وانما تغيرت
الصفات فيبقى النجاسة لان النجاسة ذاتية فان النجاسة حكم معلق بذات الكلب
اما باعتبار صورته النوعية او باعتبار الاعراض الخاصة اللاحقة للجواهر المتباينة
مع القول بعدم استغناء الباقي وعلى كلى التقديرين فقد زالت علة النجاسة
فيزول المعلول واما على القول باستغناء الباقي فالنجاسة باقية لان نجاسة
هذا الجسم قد ثبتت ولم يرد نص على الطهارة والاصل البقاء واما على مذهب
الاشاعرة وكثير من الامامية فالاشكال ظاهر فان الشارع علق النجاسة
على الاسم وقد زال والاحكام المعلقة على الاسماء تابعة لها فلا تثبت مع
عدمها الا بدليل آخر وان نجاسة هذا الجسم قد ثبتت والاصل البقاء والاسم
معرف

معرف والمادة والا يلزم من زوال المادة زوال الحكم وعلى قول النظام
بعدم اشتراك الاجسام او بعدم بقائها فالطهارة ظاهرة والاقوى عندي
الطهارة **قال** دام ظله اللبن اذا كان ماؤه نجسا او نجاسة طهر بالطبخ
على اشكال **اقول** منشأه من ان المراد من احالة النار للنجس تصييره رمادا
او حقيقة اخرى غير الاولى بحيث تصدق اسم الاولى عليه مجازا فعلى الاول لا يطهر
لان الرطوبة لم تزل بالكلية والا لتفتت وتناثرت وعلى الثاني يطهر والاصح
عندي البقاء على النجاسة **كلام** في الآنية **قال** دام ظله وهل يحرم اتخاذها
لغير الاستعمال الاكثر من المحرمين فيه نظر اقربه التحريم **اقول** وافقه الشيخ
على التعطيل المناسب للاتلاف المنهي عنه وللنهي عن الانية وهو شامل لاتخاذها
للعموم وقال ابن ادريس والمصنف في المختلف بعدم التحريم للاصل **قال** دام ظله وفي المفضض
وقيل يجب اجتناب موضع الفضة **اقول** في المفضض اقوال ثلاثة **آ** التحريم وهو قول الشيخ
في الخلاف **ب** الكراهة وهو اختيار المصنف **ج** جواز الاستعمال مع وجوب اجتناب
موضع الفضة وهو اختيار الشيخ في المبسوط وهو الاصح عندي والا لزم جواز استعمال
الذهب والفضة ولرواية عبد الله بن سنان الصحيحة عن ابي عبد الله عليه السلم قال لا
بأس ان يشرب الرجل في القدح المفضض واعزل فاك عن موضع الفضة والامر للوجوب
احتج الشيخ على الاول برواية الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلم قال لا تأكلوا
في آنية من فضة ولا في آنية مفضضة والعطف يقتضي التساوي في الحكم **احتج** القائلون
بالثاني بان قدح رسول الله صلى الله عليه وآله كان مشعبا بسلسلة من فضة وبرواية بريد
عن الصادق عليه السلم انه كره الشرب في المفضضة **والجواب** ان المراد بالكراهة
اما التحريم او الكراهة او كلاهما والاشتراك والالزم استعمال المشترك في كلي
معنييه بلا قرينة او في الحقيقة والمجاز معا والثاني يستلزم كراهة الفضة
وهو خلاف الاجماع والاول المطلوب **لا يقال** يجوز ارادة الفرد
المشترك لانا نقول فلا دلالة للعام على الخاص وبانه مجاز في الفرد المشترك
اجماعا ولا يجوز الحمل على المجاز مع اطلاق اللفظ بدون قرينة **قال**
دام ظله ولو غسله ما كان عوض التراب لم يطهر على اشكال **اقول**
منشأه الاقتصار على النص وعدم حصول الغرض من ازالة الاجزاء اللعابية

وهو الاقوى عندي

وعن انه ابلغ لان الاصل في التطهير الماء والعدول الى غيره رخصة وهو ممنوع
هنا **قال** دام ظله **المقصد الرابع** في الوضوء ويجب في النية القصد الى رفع
الحدث او استباحة فعل مشروط بالطهارة والتقرب الى الله تعالى وان
يوقعه لوجوبه او ندبه او لوجههما على رأي **اقول** النية شرط في
الوضوء باجماع علمائنا وانما اختلفوا في كيفيتها فقال الشيخ في النهاية
نية القربة كافية وقال في المبسوط لابد ان ينوي رفع الحدث او استباحة
فعل من الافعال التي لا تصح الا بالطهارة مثل الصلاة والطواف واختاره
ابن ادريس واوجب السيد المرتضى نية استباحة الصلاة وقال ابو الصلاح
لابد منهما وقيل بالاكتفاء بنية القربة مع الوجوب او الندب واختاره الشيخ
ابو القسم بن سعيد احتج الشيخ على قوله في النهاية بقوله تعالى وما
امروا الا ليعبدوا الله مخلصين وهذا يدل على ان القربة لو شرط زيادة
كان نسخا فان الزيادة على النص نسخا في الفاظ الخصم نسخ لانها تسخ الحكم
المذكور وتنفيه عن غيره فالزيادة تنافي احدهما والا لم تكن زيادة بل تقريرا
وعلى كلي التقديرين ترفع حكما شرعيا ثابتا بدليل شرعي متأخر فيكون نسخا
احتج المرتضى بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا
والمراد منه اغسلوا لاجل الصلاة لانه المتعارف في اللغة حيث يقال اذا
لقيت العدو فخذ سلاحك واذا لقيت الامير فخذ اهبتك اي لاجل لقاء العدو
ولقاء الامير فلابد من ارادة انه للصلاة وهذا هو معنى الاستباحة واحتج
والدي المصنف على الاجزاء باحدها بقوله عليه السلام انما الاعمال بالنيات
وانما لكل امرئ ما نوى فاذا نوى رفع الحدث مع باقي الصفات من الوجوب
او الندب والقربة اجزأه لانه يحصل له ما نواه وهو رفع الحدث وزال المانع
من دخول الصلاة وتظهر الفائدة في تفريق العضو من الاولى او المحدد
ونية الوجوب في وقت الندب او بالعكس ودخول الوقت في اثناء المندوبة
الى غير ذلك **قال** دام ظله ودو الحدث الدائم كالمبطون وصاحب
السلس والمستحاضة ينوي الاستباحة فان اقتصر على رفع الحدث فالاقوى
البطلان **اقول** وجهه انه نوى ما لم يحصل له ويحتمل الصحة لانها لازمة

ونيه

ونية الملزوم مع لزومه لنية اللازم وقد منع الجواز لغفلة عنه اذ لا يشترط الاصل
فيه ان المتكلمين اختلفوا في ان ارادة الملزوم هل تستلزم ارادة اللازم او لا فعلى
الاول يصح ان علم الملازمة وعلى الثاني لا يصح **قال** دام ظله ولو ضم التبرد
صح على اشكال **اقول** منشأه الاخلال بالاخلاص وعدم حصوله وان لم ينو كما
لو نوى الامام بالتكبير الاعلام مع التحريم والاصح انه لا يصح ضم نية التبرد **قال**
دام ظله ولو عزبت النية في الاثناء صح الوضوء وان اقترنت بغسل الكفين نعم
لو نوى التبرد في باقي الاعضاء بعد عزوب النية فالوجه البطلان **اقول** دليله
انتفاء الشرط وهو استمرار النية حكما لمخالفة الاجزاء لها ويحتمل الصحة لحصولها
في الاول واعدم ابطالها في الاثناء فكذا في الاستدامة ويبطل باقيها السيد
في الابتداء والتحقيق هنا والتحقيق ان هذه الملازمة على ضم التبرد في الابتداء فان
قلنا بابطالها ثم فههنا تبطل قطعا وان قلنا بالصحة احتمل الصحة هنا لاتصالها
في حكمها لان البحث فيه وحكمها هنا باق فلا ينافيه فيصح والاصح البطلان
قال دام ظله لو نوى ما يستحب له كقراءة القرآن فالاقوى الصحة **اقول** القائل
بالاكتفاء بنية القربة لا شك في الصحة عنده واما على القول باشتراط الاستباحة
انه قصد ايقاع الفعل على الوجه الاكمل المتوقف على رفع الحدث وقال الشيخ وابن
ادريس لا يصح لا يجتمع مع الحدث ولا استباحة فقد هاد نقيه لعدم استلزام العام
الخاص والصحيح عندي انه لا يجزي لانه غير مستلزم لرفع الحدث لانه كلما
كان مستلزما للشيء يمتنع اجتماعه مع نقيضه فههنا يمكن الاجتماع فلم ينو
رفع الحدث ولا ما يستلزمه هنا اذا الحدث علة للوضوء ووجب معه عدم اشتراط
نية الوجوب اما معهما فلا يجزي قطعا والا صح البطلان **قال** دام ظله
لو شك في الحدث بعد يقين الطهارة فتوضأ احتياطا ثم تيقن الحدث فالاقوى الاعادة
اقول ذهب القائل بالاكتفاء بنية القربة الى انه يجزي وعلى اشتراط نية رفع الحدث
او الاستباحة هل يشترط الجزم مطلقا او يجزي على تقدير وجوده يحتمل الاول
لان الثابت على التقدير يشك فيما يشك فيه فلا جزم حينئذ ويحتمل الثاني
لانه شرطه ما هو مشروط في نفسه والا جزم به على تقديره وهو ثابت فيثبت
لقوله عليه السلام انما لكل امرئ ما نوى ولانه لولاه لم يثبت به الاحتياط لانه اشتغاله

من ظن الى يقين والى ظن اقوى قال دام ظله لو اغفل لمعة في الاولى
فانغسلت في الثانية على قصد الندب فالاقوى البطلان وكذا لو انغسلت في
تجديد الوضوء أقول هذا يبتني على ان المجدد هل يجري على الاصل او يبطل وهو
يبتني على الاكتفاء بنية القربة والخلاف قد مضى ووجه القوة ان الغسلة
الثانية انما قصد صورتها ولا اثر لها في الاستباحة ولهذا لا يصدق على الماء
المغسول به انه مستعمل في الوضوء ووجه الصحة انها جزء من الوضوء لانها وضعت
استظهارا لاعلام ما لم يغسل في الاولى ويعبر بذلك علينا في المجدد قال
دام ظله اما لو نوى غسل الوجه عنده لرفع الحدث وغسل اليمنى عنده لرفع الحدث
وهكذا فالاقرب الصحة أقول وجه القرب انه يصح غسل كل عضو بنية مطلقة
فصحته بنية مقصودة اولى ولما نوى بكل منها ولان الوضوء عبارة عن المجموع وهو
هنا عبارة عن مجموع شيء فقط ويحتمل البطلان لان الوضوء عبادة واحدة
فلا يكون تفريق النية على اجزائها كالصلاة والصوم ولان كل واحد غير المجموع
والانضمام لم ينوه ويقوى الاول قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلوة
فاغسلوا وجوهكم الآية فامر الله تعالى بكل واحد واحد وتبعه وجوب المجموع
بالالتزام والاقوى عندي انه لا يصح لفعله عليه السلام وقوله هذا وضوء لا يقبل الله
الصلاة الا به قال دام ظله ولو دخل الوقت في اثناء المندوبة فالاقوى الاجمال
للاستئناف أقول وجه القوة انتفاء شرطه وهو نية الوجوب لدخول الوقت
وهو غير منتظر ولان الطهارة الواحدة لا تقع بنيتين لعدم تنوعه في الشرع
ويحتمل الاتمام لانعقاد الاولى ويحتمل نية الوجوب في الباقي لان الواقع
في الوقت فيكون واجبا والحق انقلاع الوجوب بنية الندب قال دام ظله فان
زال السبب فهل الاعادة من غير حدث اشكال أقول ينشأ من انه علينا حوائجه
الضرورة وقد زال ومن ارتفاع الحدث المانع من الصلاة وهنا دقيقة وهي
ان مبنى هذه المسألة على ترجيح احدى قاعدتين هما ان كل رخصة جازت لضرورة
تتقدر على محل الضرورة وان كل طهارة رافعة للحدث لا ينقضها الا الحدث اما
الاولى فمجمع عليها واما الثانية فكل من قال بان التيمم لا يرفع الحدث قال
بصدقها كلية وكل من قال ان التيمم يرفع الحدث قيدها بقوله كل طهارة مائية
رافعة للحدث اذا عرفت هذا فان لم ترفع هذه الطهارة الحدث فلا كلام
في

في وجوب الاعادة وان قلنا برفع الحدث توجه الاشكال والاقوى عندي
الاستئناف على كل حال لان صورة الفعل مقصودة لان القصد ليس
رفع الحدث وحكمه خاصة بل نفس الفعل والضرورة اسقطته قال
دام ظله ولو نذر الوضوء موالياً لو اخل بها فالاقرب الصحة والكفارة أقول
المراد اذا نذر الوضوء المبيح للصلاة في وقت معين ثم فعله بنيته وشرائطه
واخل بالموالاة احتمل صحة الوضوء لان المندوب يشترط فيه ما يشترط في الواجب
والموالاة ليست شرطا في صحة الواجب بل واجبة فيه فيصح الوضوء ويحتمل عدم
الصحة لان الصفة المشترطة في النذر لم تحصل فيبطل ولان فاعل المشروط لذلك
والا لم يات بالمندوب وقد نواه فيبطل فان قلنا بالبطلان والوقت باق اعاد
ولا كفارة وان قلنا بالصحة وجبت الكفارة وان خرج الوقت وجبت الكفارة
سواء قلنا بالبطلان او الصحة قال دام ظله والاشهر التحريم في الثالثة
أقول به قال الشيخ وابن بابويه وابن ادريس وابو الصلاح واكثر علمائنا لانها
ليست من الوضوء والا لاستحبت فيمنع من الموالاة الواجبة ولقول الصادق عليه
السلام والثالثة بدعة الحديث وجوزها ابن الجنيد والمفيد وابن ابي عقيل لقول
ابي عبد الله عليه السلام الوضوء مثنى مثنى ومن زاد لم يؤجر عليه والاصل قال دام ظله
ويمس كتابة القرآن المحدث يحرم عليه على الاقوى أقول وافقه الشيخ في الخلاف
وابو الصلاح لقوله تعالى لا يمسه الا المطهرون ولما رواه ابو بصير قال سالت ابا
عبد الله عليه السلام عمن قرأ في المصحف وهو على غير وضوء قال لا بأس ولا يمس الكتابة
والنهي للتحريم وقال ابن ادريس وابن البراج يكره للاصل والاقوى عندي التحريم
قال دام ظله ولو لم يدخل الخاتم نزعها مع المكنة او يكرر الماء حتى يصل البشرة
الى قوله وفي الاستئناف مع الزوال اشكال أقول البحث كما في المسح على الحائل
وافتى الشيخ في المبسوط بالاستئناف قال دام ظله ولا الالتفات في
الوضوء المرتمس والمعتاد على اشكال أقول لا اشكال في الوضوء لان
النص عليه والاجماع فيبقى الاشكال في الحل [illegible] لاحدهما في المرتمس
والثاني في معتاد الموالاة وعدم التحير فيحتمل الحاقهما بالوضوء [illegible]
ما رواه الشيخ في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال اذا اراد احد

خرجت من شيء ثم دخلت في غيره فشككت فيه فليس بشيء وهذا يعم الصورتين المذكورتين
ولرواية زرارة ايضا في رجل ترك بعض ذراعه او بعض جسده في غسل الجنابة فقال
اذا شك وقد دخل في صلاته فليمض في صلاته ولا شيء عليه وان استيقن رجع
واعاد عليه الماء وان رآه وبه بلة مسح عليه واعاد الصلاة باستيقان
ب ان الارتماس في الماء مع عدم الحائل سبب لوصول الماء الى سائر الاجزاء والاصل
في السبب ان يؤدي الى مسببه فتخلف بعض الاعضاء على خلاف الاصل ولا يلتفت اليه
لرجحان نقيضه وهو وصول الماء الى الجميع ويمتنع العمل بالمرجوح مع وجود الراجح
ج ان الغالب هو وصول الماء الى جميع الاجزاء والاعضاء مع الارتماس وعدم الحائل
وتخلف بعضها نادر ولهذا احترز من غير اعتياد والشارع اعمل الحكم بالاغلب د الظاهر
وصول الماء والاصل عدمه ومع تعارض الظاهر والاصل قيل يرجح الظاهر وقيل الاصل
ولهذا استشكل المصنف ه العادة قد تفيد العلم وقد تفيد الظن بل قد يكون
العلم الحاصل منها اضر وربالحرج فهل على خلاف الاصل يحتمل عدم الالحاق لان الحدث
متيقن والرافع مشكوك فيه والاصل عدمه فيحكم ببقاء الحدث والاقوى انه لا يلتفت
ويبنى على الصحة في المعتاد والمرتمس **تفريع** التيمم كالوضوء في اشتراط الموالاة
فيه والاصل في فعل العاقل المكلف الذي يقصد براءة ذمته بفعل صحيح وهو يعلم
الكيفية والكمية الصحة **قال** دام ظله ولو جدد ندبا ثم ذكر اخلال عضو من احديهما
اعاد الطهارة والصلاة وان تعددت على راي **اقول** كلما قال بالاكتفاء بنية
القربة صحح الصلاة الواقعة عقيب الطهارتين وان تعددت دون المتخللة
بينهما وكلما قال بعدم الاكتفاء بها وشرط الاستباحة او رفع الحدث اوجب الاعادة
مطلقا ومن اكتفى بالوجوب او الندب كابي القسم بن سعيد اوجب الاعادة ان كانت
احدى الطهارتين واجبة وان كانتا مندوبتين كمن توضا ندبا للاستباحة
الصلاة قبل الوقت والقضاء عليه ثم جدد ندبا ثم تعقبه الوضوء المجدد هو
الثاني فعلا ولم يصح للصلاة **قال** دام ظله والاقرب جواز اطلاق النية
فيهما والتعيين فيأتي بثالثة **اقول** الخلاف مع ابي الصلاح حيث اوجب فيمن فاته
صلاة لا يعلمها بعينها اعادة الخمس وهو قول ابن زهرة فانه على قولهما لا يجوز
له اطلاق النية بل يجب عليه التعيين فيلزم على قولهما انه لا يكتفي بالرباعية
رباعيتان

وسيأتي تمام البحث فيه والاستدلال في باب القضاء **المقصد الخامس** في
غسل الجنابة **قال** دام ظله وتحصل بغيبوبة الحشفة في فرج آدمي الى قوله مفعولا على راي
اقول اوجب المصنف والمرتضى وابن الجنيد وابن حمزة وابن ادريس والشيخ في المبسوط
الغسل بالوطي في دبر المرأة والغلام من غير انزال على الفاعل والمفعول لقوله تعالى
او لامستم النساء وقيل بعمومه على وجوب الغسل بوطي المرأة في الدبر من غير انزال
والاجماع المركب فان كل من اوجب الغسل بوطي المرأة في الدبر من غير انزال اوجب الغسل بوطي
الغلام من غير انزال ومن نفى الوجوب عن احدهما نفى الوجوب عن الآخر ولرواية زرارة
الصحيحة عن الباقر عليه السلم في قضية اختلاف الصحابة في الجماع في القبل من غير انزال
وانكار علي عليه السلم على الانصار حيث لم يوجبوا الغسل فيه بقوله اتوجبون عليه الرجم
والحد ولا توجبون عليه صاعا من ماء ولم يوجبه الشيخ في الاستبصار والنهاية و
لرواية الحلبي الصحيحة قال سئل ابو عبد الله عليه السلم عن الرجل يصيب المرأة فيما
دون الفرج اعليها غسل ان هو انزل ولم تنزل هي قال ليس عليها غسل وان لم ينزل
هو فليس عليه غسل والجواب انه محمول على صورة النزاع فان الدبر يسمى فرجا
لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون ولانه ماخوذ من الانفراج **قال** دام ظله
ولكل منهما الائتمام بالآخر على اشكال **اقول** منشأه اسقاط الشرع اعتبارهما
وتسويغ الاجتماع في المسجد ولبقاء كل منهما على الطهارة وشكه في الحدث ومن
تيقن حصولها في احدهما فتبطل صلاة المأموم ولانه يستحيل تكليف واحد لا بعينه
لانه ان توجه العقاب عليهما فهو باطل عليهما وان توجه الى واحد بعينه لزم الترجيح
من غير مرجح وغير المعين يستحيل توجه العقاب عليه ولم يوجب الغسل عليهما للنص
على عدم وجوبه عليهما ولا على واحد منهما بعينه لتساوي العلامة او السبب بالنسبة اليهما
ولا ترجيح لاحدهما فاسقط الشارع اعتبار كل حكم لهذه الجنابة يستلزم احد
المحالات المذكورة بخلاف الفعل المتوقف على جامعه صحة الآخر له فان لحوق
حكم الجنابة بذلك لا يستلزم شيئا من المحالات المذكورة وهو لازم لكل واحد من
اجزاء مانعة الخلو كبطلان صلاة المأموم وعدم انعقاد الجمعة لهما معا فالضابط
انه ان لم يتوقف صحة صلاة احدهما على صحة الآخر ولو توقف بعينه بحيث الصلوتان

وإن توقفت إحديهما خاصة بطلت المتوقفة خاصة كصلاة المأموم وإن توقف
كل واحدة منهما على مصاحبة الأخرى بطلتا كالجمعة فبطل كل صلاة متوقفة
على صحة الصلاتين كالجمعة إذا تبينا العدد **قال** دام ظله وفي وجوب الغسل
لنفسه أو لغيره خلاف **أقول** ذهب المصنف إلى وجوب الغسل لنفسه وهو
اختيار ابن حمزة لوجوه آ قوله عليه السلم إنما الماء من الماء ومن للسببية هنا
فيجعل سبب وجوب الغسل وجود الماء من غير تعليق على عبادة لا يقال
هذا الحديث كان في صدر الإسلام ونسخ لأنا نقول إنما نسخ الحصر وأما
سببية الماء للغسل فلم ينسخ بإجماع المسلمين ب روى الشيخ في الصحيح عن محمد
بن إسمعيل قال سألت الرضا عليه السلم عن الرجل يجامع المرأة في الفرج فلا ينزلان
متى يجب الغسل فقال إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل عقب بالفاء وهي
للتعقيب بلا فصل والحكم على شيء آخر ج قوله تعالى وإن كنتم جنبا فاطهروا علق على
كونهم جنبا وعقب الأمر بالفاء وهي يقتضي التعقيب بلا فصل والأمر للوجوب فلا يتأخر
عن الجنابة د قال رسول الله صلى الله عليه وآله إذا جلس بين شعبها الأربع ثم
جهدها فقد وجب الغسل وإن لم ينزل وهو من الصحاح والفاء للتعقيب بلا فصل
وفيها إيماء إلى السببية وقال ابن إدريس يجب لغيره لعطف جملة وإن كنتم جنبا
فاطهروا على جملة إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا فيتشاركان في الشرط لأن الشرط
المصدر به الجمل يرجع إلى الجميع ولأن المعطوف والمعطوف عليه يتشاركان في الحكم
ولما رواه الشيخ في الصحيح عن عبد الله بن يحيى الكاهلي قال سألت أبا عبد الله عليه السلم
عن المرأة يجامعها الرجل فتحيض وهي في المغتسل فتغتسل أم لا قال لا قد جاءها
ما يفسد الصلاة فلا تغتسل نفى وجوب الغسل لنفي صحة الصلاة **والجواب**
لا نسلم أن عطف الجمل بعضها على بعض يقتضي المساواة في الحكم ونمنع عود الشرط
إلى الجميع والوجوب للغير لا ينافي الوجوب لنفسه لأن الوجوب للغير يعتبر باشتراطه
في ذلك الغير والأسباب الشرعية علامات ولا يستحيل تعددها وقوله
فلا تغتسل نفي الغسل لانتفاء غايته وهو رفع الحدث أو الإباحة والحيض مانع
للحكم ولهذا إذا زال تغتسل للجنابة والفائدة تظهر في الغسل قبل وقت الصلاة
وانتفاء القضاء فعلى الأول ينوي الوجوب وعلى الثاني ينوي الندب **قال**
هلم

قال دام ظله فإن تجدد أحدهما في الأثناء أعاد فيهما على الأقوى **أقول** هذا
مذهب الشيخ وابن بابويه لا يرتفع حكم الجميع فالأبعاض أولى ولأنه قد أبطل
تأثير ذلك البعض في الإباحة وكلما أبطل تأثيره في الإباحة أبطل تأثيره في رفع
الحدث لأن رفع الحدث ملزوم للإباحة والمؤثر حينئذ إنما الباقي من الغسل وهو
محال لأنه جزء المؤثر التام وجزء السبب التام لا يكون سببا تاما وأما المجموع
فالسبب المركب في الحكم يستلزم سببية كل واحد من أجزائه في المسبب سببا
ناقصا وقد قرر في علم الكلام ذلك فإذا لم يكن الجزء سببا ناقصا لم يكن الكل سببا
تاما وقال ابن البراج وابن إدريس يتم ولا شيء عليه لدخول الحدث الأصغر تحت الأكبر
وهو باق وقال السيد يتم ويتوضأ لوقوعه بعد الإكمال **والجواب** بالفرق فإنه
بعد الإكمال قد ارتفع الجنابة ووجد ما يوجب الوضوء والأقوى عندي الذي قواه
المصنف **قال** دام ظله وفي الملفوف نظر **أقول** ينشأ من عموم قول النبي
صلى الله عليه وآله إذا جلس بين شعبها الأربع ثم جهدها فقد وجب الغسل وإن لم
ينزل وهو بعمومه يتناول صورة النزاع وعموم قوله عليه السلم إذا جاوز الختان
الختان وجب الغسل وهو من الختان ومن أنه قد ورد تعقيب قوله عليه السلم إذا قعد
بين شعبها الأربع والتقى الختان بالختان فقد وجب الغسل وبه يحصل الفاق
ولأنه ليس محلا للاستمتاع والأصح الأول لما رواه في الصحيح عن علي
عليه السلم أنه قال إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل والتقاء الختانين يراد
به المحاذاة ولهذا يقال التقى الفارسان إذا تحاذيا فليس المراد الالتقاء
الحقيقي بل التحاذي أيضا **قال** دام ظله ولو خرج المني من ثقبة في الصلب
فالأقرب اعتبار الاعتياد وعدمه **أقول** وجه الأقرب أن ألفاظ الشارع
إنما تحمل على المعهود والمعتاد ويحتمل وجوب الغسل مطلقا لقوله عليه
السلم إنما الماء من الماء وقوله تعالى من ماء دافق يخرج من بين الصلب
والترائب فجعل خروجه من الصلب فإذا خرج من ثقبة من الصلب تعين
أنه المخرج فلا يتغير حكمه ويحتمل عدم وجوب الغسل مطلقا حملا على
الغالب ويقوى في نفسي الثاني **قال** دام ظله ولو وجد المرتمس لمعة
الجاجة **أقول** أقوى الاحتمالات في هذه المسئلة الاجتزاء بغسلها خاصة لأن أقوى
الوجهين في المرتمس سقوط الترتيب ثم يليه في القوة الاجتزاء بغسلها وغسل

مَا بَعْدَهَا لمساواة الادعا علي الترتيب لو وجد المرتب لمعة فعل ذلك فكذا
المرتب والمراد بقوله ما بعدها العضو الثاني للعضو الذي وجدت اللمعة فيه
ويحتمل الاعادة لعدم صدق الوحدة على الغسلة والتبع مجزية وهذا اضعف الاحتمالات

المقصد السادس في الحيض قال دام ظله ويجامع الحمل على الاقوى اقول
هذا مذهب المرتضى وابني بابويه لرواية عبد الرحمن بن الحجاج الصحيحة عن ابي ابراهيم
عليه السلم عن الحبلى ترى الدم ثلثة ايام او اربعة ايام تصلي قال تمسك عن
الصلاة وقال المفيد وابن الجنيد لا يجامع الحمل لقوله عليه السلم
ما كان الله ليجعل حيضا مع حبل ولانه يصح طلاقها مع رؤية الدم
ولا يصح طلاق الحائض اجماعا فلا يكون حيضا ولما روي عن النبي صلى
الله عليه وآله انه قال لا توطى الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى
يستبرئن بحيضة جعل الحيض علامة فراغ الرحم فدل على انه لا يتصور
مع الحمل والجواب عن الاول بالمنع من صحة السند وعن الثاني بالمنع
من كلية الكبرى وانتقاضها بالغايب فانه يصح منه طلاق الحائض وعن الثالث
ان الحكمة يكفي فيها الغالب وقال الشيخ في النهاية ان راته في زمن عادتها
فهو حيض وان تاخر عنها بمقدار عشرين يوما فليس بحيض وقال في الخلاف انها
تحيض ما لم تستبن حملها فاذا استبان فلا حيض واحتج على قوله في النهاية
بما رواه في الصحيح عن الحسين بن نعيم الصحاف قال قلت لابي عبد الله
عليه السلم ان ام ولدي ترى الدم وهي حامل كيف تصنع بالصلاة قال
فقال اذا رات الحامل الدم بعد ما يمضي عشرون يوما من الوقت الذي
كانت تقعد فيه فان ذلك ليس من الرحم ولا من الطمث فلتتوضأ وتحتشي وتصلي
الحديث واحتج على قوله في الخلاف بالاجماع على ان المستبين حملها لا تحيض وانما
الخلاف وقع في غير المستبين والجواب المنع من الاجماع قال دام ظله
ولو اجتمع العادة والتمييز فالاقوى العادة ان اختلفا زمانا اقول
هذا مذهب المرتضى والمفيد وابن الجنيد والشيخ في الجمل لقوة العادة ولقوله
عليه السلم دعي الصلاة ايام اقرائك وايام العادة هي ايام اقرائها ولان
العادة قد تفيد العلم كالعلوم العادية او تفيد الظن الغالب وقال
في النهاية ترجع الى التمييز لانه اصل العادة ولانه اتصاف قوي جامع
لشرائط

لشرائط الحيض يضعف تخلف مجموعهما الا الاكثر وكلما كان جامعا للشرائط
الحيض فهو حيض قال دام ظله ولو ذكرت المضطربة العدد دون الوقت تخيرت
في تخصيصه وقيل تعمل في الجميع عمل المستحاضة وتغتسل لانقطاع الحيض في
كل وقت تحتمله وتقضي صوم العدد اقول الاول اختيار المصنف كما بينتها
حيث اطلق الشارع لها الجلوس ومقتضاه التخيير وعلم العدد لا ينافي له في
التخصيص فيبقى على التخيير والثاني اختيار الشيخ ومستنده الاحتياط
قال دام ظله والاحوط رجا الناسية الى الحي اقول الاحوط هو الذي يحصل
براءة الذمة به بيقين وانما يحصل هنا بالتزام احكام ثلثة أ احكام الحايض فيما يحرم
على الحايض وهو يحرم وطي الزوج وقراءة العزائم ودخول المساجد ومس كتابة
القران واسم الله تعالى وانبيائه والائمة عليهم السلم وفيما يجب عليها من قضاء الصوم
كما يجيء وتكرار الطلاق لقضاء صوم يوم يمتنع في يوم يمكن ان يقع فيه حيض وان
لم يعلم بعينه ب التزام احكام المستحاضة فيما يجب عليها فتؤمر بالصلوات و
بالطهارات على حسب الحالات في الاستحاضة وصوم جميع رمضان ج حكم
منقطعة الحيض فيجب غسل الحيض عند كل صلوة قال دام ظله وقضاء
احد عشر على راي اقول وجهه جواز الابتداء في نصف الاول والانقطاع في
نصف الحادي عشر وهو قول الشيخ ابي علي بن الشيخ ابي جعفر الطوسي رحمهما الله
وقال الشيخ تقضي عشرة لانها اكثر الحيض قال دام ظله وقضاء يومين اول وحادي
عشر قضاء عن يوم وعلى ما اخترناه نصف اليوم الثاني والثاني عشر ونجزيها عن الثاني
والحادي عشر يوم واحد يقع الثاني وقيل الحادي عشر اقول ذكر هيهنا
انه اذا استمر الدم ولم تر نقاء ثم ارادت قضاء صوم يوم مثلا ففيه اقوال ثلاثة الاول
للشيخ بناء على مذهبه والثاني لابنه ابي علي على انه يبري الذمة بيقين والثالث قول
المصنف وهو الاصح لانه اقل ما يحصل فيه يوم واحد يكون بكله طهرا والضابط
انها تاتي بغايات الصوم مرة مع زيادة يوم في اول الطهر متفرقا ومرة كذلك لا الزيادة
كل يوم من ثاني عشر مثله في الاول الى العاشر ثامنه او مرة ولاء ثم اخرى من ثاني عشر
الاول وتصوم يومين بينهما والاول في اربعة فما دون والثاني في نسخة
فما دون قال دام ظله وفي وجوب الكفارة قولان اقول اوجبها السيد
المرتضى والشيخ في الجمل والمبسوط والمفيد وابنا بابويه وابن ادريس لقول ابي
عبد الله عليه السلم من اتى حائضا فعليه نصف دينار ولم يصح سنده وقال

الشيخ في النهاية يستحب وهو الاقوى عندي للاصل ولرواية العيص بن القسم الصحيحة
عن ابي عبد الله عليه السلم قال سألته عن رجل واقع امرأته وهي طامث قال لا يلتمس
فعل ذلك قد نهى الله ان تقربها قلت فان فعل أعليه كفارة قال لا اعلم فيه شيئا
يستغفر الله فلا يكون فيه كفارة واما العلامة لاستحالة خفاء شيء من الشرع
على الامام لا نحافظ له **المقصد التاسع في غسل الاموات** **قال** دام ظله
وفي وجوب الاستقبال الى القبلة حالة الاحتضار قولان **اقول** قال المفيد والشيخ
في موضع من النهاية وابن البراج وسلار وابن ادريس يجب لقول ابي عبد الله عليه السلم
يستقبل بوجهه القبلة ويجعل قدميه مما يلي القبلة وصيغة افعل للوجوب وقال
الشيخ في المبسوط والخلاف وموضع من النهاية والمفيد في الرسالة الغرية يستحب
للاصل والاقوى عندي الاول **قال** دام ظله وفي الحنوط اشكال **اقول** ينشأ من
قولهم حكمه حكم الميت وفوات محل الحنوط **قال** دام ظله وفي اعادة الغسل لو وجد الماء
بعده اشكال **اقول** ينشأ من زوال الضرورة المسوغة ووجوب الطهارة ولم تحصل
مع امكانها ومن انه اتى بالمأمور به فيخرج عن العهدة لاقتضاء الامر الاجزاء والاقوى
عندي وجوب اعادة الغسل **قال** دام ظله ولو امر من وجب قتله بالاغتسال قبله
نأيا على اشكال **اقول** من حيث انه غسل الاموات ومن انه حي وعدم اقتضاء الامر
المطلق التكرار والاصح عندي الاول لانه تقديم لغسل الاموات على الموت وهو هو بعينه
قال دام ظله وروي انهم يغسلون محاسنها يديها ووجهها **اقول** هذه الرواية
هي رواية المفضل بن عمر قال قلت لابي عبد الله عليه السلم جعلت فداك ما تقول في
المرأة تكون في السفر مع رجال ليس فيهم لها محرم ولا معهم امرأة فتموت المرأة ما يصنع بها
قال يغسل منها ما اوجب الله عليه التيمم ولا يكشف لها شيء من محاسنها التي امر الله بستره
فقلت كيف يصنع بها قال يغسل بطن كفيها ثم يغسل وجهها ثم يغسل ظهر كفيها
قال دام ظله ولو خيف تناثر جلد المحترق والمجدور لو غسله تيمم
وكذا لو خشي الغاسل على نفسه من استعمال الماء او فقد الغاسل **اقول** منشؤه من
ان الغسل واحد للاكتفاء بنية واحدة ولتقدمها على الثلثة والمانع ... وللصحيح غيرها
وقيل هما ... بعد الغسل وهو واجب ثلثا والتيمم اضعف فالاولى عدم
اجزاء الواحد ولا لكان اقوى قوله او فقد الغاسل وكذلك لو لم يوجد الا كافر
مسلم وكان عاجزا عن التغسيل لعلة لا التيمم **قال** دام ظله والاقرب
سقوط الترتيب مع غمسه في الكثير **اقول** وجه القرب انه كغسل الجنابة
ود

ووجوده الغسلة مجزئة في الجنابة ويحتمل عدمه لعدم النص عليه والاقوى عندي الاجزاء
مع وضع السدر والكافور **قال** دام ظله واقل الواجب للرجل والمرأة ثلثة اثواب
مئزر وقميص وازار على رأي **اقول** هذا مذهب اكثر علمائنا لصحيحة اصحابنا لقول ابي جعفر
عليه السلم انما الكفن المفروض ثلثة اثواب وقال سلار ثوب واحد واحتج للاصل **قال** دام ظله علام ؟
والاقرب الاكتفاء به في الصلاة اذا لم ينو ما يتضمن رفع الحدث **اقول** وجه القرب انه
مشروع بعينه فلا يستلزم نية رفع الحدث ويحتمل الا الاكتفاء لان الفضيلة الناشئة
موقوفة على رفع الحدث وقد نواها والاصح عندي الاول **قال** دام ظله ولو دفن
قبل الصلاة عليه صلى على قبره يوما وليلة على رأي **اقول** هذا هو مذهب ابن ادريس
وابن البراج وابن حمزة وهو الاقوى عندي وقال سلار ثلثة ايام وقال ابن الجنيد ما
لم يعلم تغير صورته وقال والدي في منتهى المطلب لم اقف على رواية في التقدير **قال** دام
ظله والظاهر ان النجاسة هنا حكمية **اقول** قيل انها عينية لانفعال الغير بها مع علم
وصول نجاسة خارجة اليها وقيل انها حكمية لاحتياجها الى النية والعينية لا تحتاج الى
النية ولانها لو كانت عينية لم تطهر ولقوله عليه السلم لا تنجسوا موتاكم فان المرأة
لا اعتقاد المطلوب وان كان باتصال النجاسة فيكون طاهرا لعيننا لانه لو
كان نجسا لم يتحقق التنجيس ولانه دور محال والى هذا مال السيد المرتضى في اختيار من ؟
استحباب غسل مس الاموات والحق ان النجاسة الحكمية تطلق على معان
أ طاهر العين اذا وجب عليه الغسل كالجنب ب النجس بالعرض لا بالذات بل باتصال
النجاسة به اذا لم تكن محسوسة كالثوب اليابس على الميت ج ما يقبل التطهير والعينية
على ما يقابل ذلك والميت نجس بهذا المعنى **المقصد العاشر في التيمم** مقدمة
قاعدة التيمم طهارة ترابية تخرج ما ندب للحائض والجنب لانه يتيمم مكان امر المستعاد
أ لا يرفع الحدث لان صحابيا اجنب فتيمم ودام فقال له النبي صلى الله عليه وآله
وسلم اصليت بالناس وانت جنب فاثبت له حدث الجنابة واقره على صحة صلوته
ب لا يبيح للجنب الدخول في المسجد ولا الاستقرار في باقي المساجد لقوله تعالى
ولا جنبا الا عابري سبيل حتى تغتسلوا فجعل نهاية التحريم الغسل ولو اباح التيمم لكانت
النهاية احد الامرين وجعل الخصم من النهاية نهاية مجازا لعلا ... مس كتابة
القرآن لعدم فرق الامة بينهما هنا **قال** دام ظله وعن النجاسة العينية
عن الثوب والبدن والثوب اذا لحق الوضوء مع العضو عنهما فان خالف

ففي الاجزاء نظر **اقول** منشأه انه منهي عن الوضوء لانه مأمور بغسل النجاسة والامر
بالشيء يستلزم النهي عن ضده والنهي يدل على الفساد في العبادة ولان ان المانع
اولى من تحصيل احد الشرطين اللذين على البدل بعينه ومن انه تطهر بماء مملوك مباح
طاهر فيصح **قال** دام ظله ولو لم يجد ماء ولا ترابا طاهرا فالاقوى سقوط الصلاة
اداء وقضاء **اقول** وجه القوة اما سقوط الاداء فلعدم شرط الصحة اذ
الطهارة شرط في صحة الصلاة مطلقا لقوله عليه السلم هذا وضوء لا تقبل الصلاة
الا به واذا ورد لفظ الا عقيب النفي افاد الحصر والتيمم بدل وغسل الجنابة قائم مقامه
بالاية وامتناع التكليف بالعبادة الفاسدة ولانه كلما وجب المشروط وجب الشرط
بلزمه كلما انتفى الشرط انتفى المشروط ولانه لولاه لزم التكليف بالمحال او خروج
الشرط عن كونه شرطا مطلقا واما سقوط القضاء فلانها تسقط عن الحائض لامتناع
الطهارة فهنا اولى اذ الامتناع هنا عقلي وثم شرعي ولان القضاء تابع لسبب
الوجوب اما مع تحققه او بدونه لمانع الحكم لا السبب والمتحقق هنا مانع السبب اذ
استلزام السبب التكليف بالمحال ينفي حكمته فقال المرتضى والشيخان يسقط اداء
لما مر لا قضاء لقوله عليه السلم من فاتته صلوة فريضة فليقضها كما فاتته ولان الطهارة
ليست شرطا في الوجوب لقوله تعالى اقم الصلاة لدلوك الشمس جعل سبب التكليف
الدلوك واذا لم يكن شرطا في الوجوب لم يؤثر عدمها في سببية السبب فيكون السبب موجودا
وهنا مانع الحكم والقضاء تابع لسبب الوجوب والجواب ان امكان الطهارة
شرط السبب ولم يتحقق فيسقط اداء وقضاء وهو الاصح عندي لقوله عليه السلم لا
صلاة الا بطهور **قال** دام ظله وفي السعة خلاف اقربه الجواز مع العلم باستمرار
العجز وعدمه مع عدمه **اقول** هذا اختيار ابن الجنيد ووجهه اما مع عدم العلم
باستمرار العجز فلقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا شرط في جواز التيمم عدم
الماء في الوقت الموسع وانما يتحقق بالعدم في جميع اجزائه ولا يعلم الا بالتأخير
حتى يمضي واما مع العلم باستمرار العجز فلوجود المقتضي وهو القيام والشرط
اذ لا فرق بين عدم الوجدان وبين العلم بعدم التمكن من الاستعمال في
الحكم المذكور وقال الشيخ والسيد المرتضى وابو الصلاح وسلار وابن ادريس
وابن البراج لا يجوز مطلقا لعموم الخبر الدال على تأخير الصلاة الى آخر
الوقت وروى يعقوب بن يقطين في الصحيح قال سالت ابا الحسن عليه السلم
عن رجل تيمم فصلى فاصاب بعد صلوته ماء اتوضأ ويعيد الصلاة ام تجوز
صلوته

صلاته قال اذا وجد الماء قبل ان يمضي الوقت توضأ واعاد فان مضى الوقت فلا اعادة
عليه فلو كان مأمورا بالصلاة في اول الوقت لم يجب الاعادة لاقتضاء الامر الاجزاء وقال ابو
جعفر ابن بابويه وهو الذي في منتهى المطلب يجوز مع السعة مطلقا للاية فان
العطف يقتضي التسوية ولما رواه زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلم قال قلت
له فان اصاب الماء وقد صلى بتيمم وهو في وقته قال تمت صلوته ولا اعادة عليه
وهذا يدل على جوازه مع السعة والاصح عندي اختيار الذي في هذا الكتاب
وهو التفصيل **قال** دام ظله ولو تيمم لغاية صحيحة جاز ان يؤدي الظهر في اول الوقت على
اشكال **اقول** هنا مسئلتان آ يجوز ان يصلي بهذا التيمم الظهر ولو في آخر الوقت لانه
تيمم صحيح نوى به الاباحة المشروطة بالطهارة عن الحدث فصح الدخول به في الصلاة ولان دخول
الوقت ليس بناقض هنا ولم يوجد ناقض وقيل لا يجوز لان التيمم لصلاة قبل وقتها لا يصح
اجماعا فهذا التيمم لم يستبح به حال ايقاعه صلاة الظهر ولو نواها به بطل فلا يصح
فيما بعد لعدم زيادة صفة فيه ب انه يستبيح به الظهر هل يستبيح به في اول الوقت
فيه اشكال ينشأ من ان المبيح لا يبيح الصلاة في اول الوقت فكذا الباقي لانه اضعف
من الحادث او مساو له ولوجود المقتضي للتأخير في الابتداء وهو امكان وجدان الماء
ومن انه متطهر دخل عليه وقت الصلاة فساغ له الدخول فيها ووجوب التأخير للمبيح
لانه المفهوم من قوله تعالى فتيمموا لان الامر توجه قبل الفعل ولان وجوب التأخير
للصلاة في التيمم الواقع في الوقت لاشتراط تضيق الوقت في صحة التيمم المذكور لا لمعنى في الصلاة
والتيمم السابق صحيح فيبيح لانه ليس مشروطا بهذا الشرط اجماعا واعلم ان الشيخ قال في
المبسوط اذا تيمم لنافلة في وقت فريضة او لقضاء فريضة في غير وقت حاضرة جاز ذلك فاذا
دخل وقت الفريضة جاز ان يصلي بذلك التيمم وهذا الحكم منه بجواز الصلاة في اول الوقت لانه
اثبت جواز الصلاة بهذا التيمم عقيب دخول الوقت بلا تأخير لان الفاء للتعقيب بلا تأخير
قال دام ظله ولو وجده في اثناء الصلاة بعد التلبس بتكبيرة الاحرام استمر وهل له العدول الى
النفل الاقرب ذلك **اقول** هذه المسئلة انما تاتي على تقدير اتساع الوقت لما تقدم من منعه
من جواز التيمم مع السعة اما مطلقا كمذهب قوم او مع عذر لا يمكن زواله في الوقت
عند شيخنا ووجه القرب جوازه فيما دون ذلك كطالب فضيلة الجماعة فهنا اولى
ويحتمل العدم للنهي وعموم قوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم **قال** دام ظله ولو عدم
كان في نافلة استمر فان فقد بعد ففي النقض نظر **اقول** لما ذكر ان المتيمم
اذا وجد الماء في اثناء الصلاة لا يبطلها لقوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم فرع

عليه انه اذا فقد الماء قبل الفراغ هل ينقض تيممه بالنسبة الى غيرها من الصلوات قال الشيخ
في المبسوط نعم وهو الاقوى عندي ولا يعدل بعد وجود الماء الى منافيه مبنية ولا نافلة
والمصنف استشكل هذه المسئلة في مصنفاته وذلك هنا فيه نظر منشأه من زوال شرط
التيمم ووجود الناقض له وهو وجود الماء مع التمكن من استعماله لان القدرة العقلية
ثابتة والمنع الشرعي انما فيها ومن انه لم ينقض حال وجوده فكذا بعده اولى قال
دام ظله ولو تنزل الصلاة على الميت منزلة التكبير نظر اقول منشأه من انها طهارة
مشروعة فقد ترتب عليها اثرها فلا يجب اعادتها لاقتضاء الامر الاجزاء ومن انه ميت
لم يطهر بالماء مع التمكن قبل الدفن فيجب تطهيره بالماء لعموم الامر ولزوال علة اجزائه
ولان المراد تطهير الميت وقد خرج من الدنيا لانه اخر احواله فيجب الماء لانه اكمل
والاقوى عندي وجوب التغسيل قال دام ظله فان اوجبنا الغسل ففي اعادة
الصلاة اشكال اقول منشأه من ان شرط الصلاة الطهارة والاختيارية تحصل
والاضطرارية قد بطلت ولان ايجاب اعادة الغسل يستلزم اعادة ما بعده لانها افعال
مترتبة ومن ان الامر للاجزاء ووجدان الماء لا يؤثر فيما سبق كالحاضرة والاقوى عندي
عدم وجوب اعادة الصلاة لان الطهارة تراد لفعل الصلاة والدفن والاول
قد حصل فبقي الثاني فيطهر له

كتاب الصلوة

وفيه فصول الفصل الثاني في اوقاتها

قال دام ظله وللحائض من الفي الزائد والظل الاول على راي اقول هذا اختيار
الشيخ في التهذيب خلافا للكثير من الاصحاب ومستند الشيخ رواية يونس عن بعض رجاله
عن ابي عبد الله عليه السلم وهي مرسلة وفي طريقها صالح بن سعيد وهو مجهول و
يعضدها عمل كثير من الاصحاب وحجة الاكثر ما رواه عمر بن سعيد بن
هلال عن ابي عبد الله عليه السلم قال اذا صار ظلك مثلك فصل الظهر واذا صار
مثليك فصل العصر ويعضدها الشهرة والاقوى الاول قال دام ظله ولو ضاق
الوقت الا عن الطهارة وركعة صلى واجبا مؤديا للجميع على راي اقول وهذه
المسئلة فيها ثلاثة اقوال آ ان يكون مؤديا للجميع وهو اختيار المصنف والشيخ رحمه الله
لقوله عليه السلم من ادرك ركعة من الصلاة فقد ادرك الصلاة ب ان يكون قاضيا
للجميع وهو اختيار السيد المرتضى رحمه الله لان اجزاء العبادة مقابلة لاجزاء الوقت
فالركعة الاولى تعلقت في غير وقتها ايضا ج الواقع في الوقت اداء وفي خارجه
قضاء لوجود معنى الاداء والقضاء فيهما والاقوى الاول لان قوله
عليه

عليه السلم من ادرك ركعة من الصلاة فقد ادرك الصلاة لا يخلو اما ان يريد
القضاء او الاداء والثاني ان يكون الاول لانتفاء فائدة الشرط فتعين الثاني
فيكون بعد تمام الصلاة من خارج الوقت وقتا اضطراريا لها قال دام ظله
ولو ادرك مقدار خمس وجب الفرضان وهل الاربع للظهر او العصر فيه احتمال
وتظهر الفائدة في المغرب والعشاء اقول هذه المسئلة مبنية على السابقة فالقائل
بانه اذا ادرك ركعة من الصلاة يكون الجميع اداء بمعنى ان الوقت الذي وقع
فيه التمام جعله الشارع وقتا لمثل هذه الصلاة فانه يلزم على قوله ان يكون
الاربع للظهر واحتجوا بانه لولا ان يكون للظهر لما جاز فعلها
لعدم جواز فعل القضاء في المضيق وعلى قول الاخرين انها للعصر وهو
الاولى لانه اذا بقي مقدار ثمان يضيق الوقتان اجماعا وكل شيء يفوت
فاما من الظهر خاصة او العصر خاصة او منهما او لا واحد منهما والكل باطل
غير الاول وهو المطلوب وقوله تظهر الفائدة الى اخره اشارة الى فائدة
الخلاف الفصل الثالث في الاستقبال قال دام ظله ويجب الاستقبال
في فرائض الصلاة مع القدرة وفي النوافل قولان اقول الحق انا ابو عقيل
لا استقبال في النافلة الا في السفر والحرب لقوله عليه السلم صلوا كما رايتموني
اصلي شرط في مطلق صلوتهم المتابعة لصلوته المعينة وكان مستقبلا فيها
وشرط الماهية من حيث هي هي شرط الجزئيات وجواز النافلة للراكب والماشي
الى غير القبلة مطلقا واسقط بعض الناسخين فرض الاستقبال فيها مطلقا
والحق عندي ان النافلة حال الاستقرار والاختيار يشترط فيها الاستقبال لان
النبي صلى الله عليه واله لم ينقل عنه انه صلى الى غير القبلة النافلة قط في حال الحالتين
والتأسي واجب لقوله تعالى لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة وغيرها من
الايات والاخبار الدالة على وجوب التأسي وقد ذكر في اصول الفقه ان معنى
التأسي ايقاع الواجب كما اوقعه عليه السلم والندب اذا فعله فعله كفعله
ولان الصلاة اختيارا استقرارا الى غير القبلة لم ينص عليها الكتاب ولا قول
النبي عليه السلم ولا تقريره فيكون ادخالا في الشرع ما ليس منه وهذا معنى

البدعة واحتج المخالف بان وجوب الكيفية مع ندب الماهية غير معقول
والجواب المعنى بالوجوب هنا احد الامرين اما الشرط او الوجوب
المشروط بمعنى انه ان صلى النافلة وجب ان تصليها على هذه الكيفية فالكيفية
مشروطة باختيار المكلف وفعله للماهية واما جواز النافلة للراكب في سفر
الحضر حال السير فان كان السنة اختيارا فبالاجماع ولان النبي عليه السلام
وعليا عليه السلام او تركه كل واحد منهما على بعيره وهل يجب استقبال القبلة
بتكبيرة الاحرام ام لا خلاف ذكره والذي يقوى في منتهى المطلب كذا
الخلاف في غير سفر الحضر وفي الحضر راكبا وماشيا فلا نطول بذكره هنا
قال دام ظله ولا يجوز الفريضة على الراحلة وان تمكن من استيفاء الافعال
على اشكال اقول منشاؤه من عموم النهي عن ايقاع الفريضة على الراحلة اختيارا
روى الشيخ في الصحيح عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله عليه السلام قال لا تصلي على
الدابة الفريضة الا مريض يستقبل به القبلة ويجزئه فاتحة الكتاب ويضع بوجهه
في الفريضة على ما امكنه من شيء ويومي في النافلة ايماء والاستثناء دليل العموم
كما مر في الاصول وعن عبد الله بن سنان قال قلت لابي عبد الله عليه السلام ايصلي الرجل
شيئا من المفروض راكبا فقال لا الا من ضرورة فيكون عاما في صورة النزاع
وغيره والا لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة او السؤال ولانه لا يجوز ان يخاطب
بالعام ويريد به الخاص من غير قرينة وايضا وقع اجماع المسلمين على عدم جواز
الفريضة اختيارا على الراحلة واطلقوا ومن حيث انه قد اتى بالصلاة مع الاستقبال
واستيفاء الافعال والاركان فان كان مانع فمن جهة المكان وليس اذ
المكان شرط في الصلاة لانه من ضروريات الكون فاذا كان طاهرا مباحا تمكن
من استيفاء الافعال فيه ولم يات نص باشتراط غير ذلك فيه فلم يعتبر خصوصيته
في الوجوب في غير ركعتي الطواف فلا مانع من جهته حينئذ وقد منع اذ ورود
النص على النهي عن ايقاع الفريضة على الراحلة كاف في المانع من جهة المكان
والتحقيق ان استقرار المصلي في نفسه شرط اجماعا وهل يشترط ايقاع
الصلاة في مكان اعد للقرار عادة الاقوى ذلك لقوله تعالى حافظوا
على الصلوات والمحافظة ليست المداومة خاصة بل المداومة وحفظها
عن

عن ابي عبد الله صح

عن المفسدات والمبطلات وانما يتحقق ذلك في مكان اعد للقرار عادة فان
غيره كظهر الدابة في معرض الزوال والوقوع ولانه يسقط استقرار المصلي فيه
وفي غيره لا يسقط بل يحتمل ولقوله عليه السلام جعلت لي الارض مسجدا اي مصلى
فلا يتعدى الا فيما في معناها وما اعدناه اليه بالاجماع وفي غيره لم يثبت ويحتمل عدمه
لعدم النص فعلى الاول لا تصح الفريضة على الدابة وان تمكن من استيفاء الافعال
والاستقبال بان يكون في شبه هودج وسرير مشدود على ظهر الدابة وعلى الثاني
يصح والاصح انه لا يصح قال دام ظله وفي صحة الصلوة على بعير معقول او ارجوحة
معلقة بالحبال نظر اقول منشاؤه ان المصلي مامور باداء الفريضة متمكنا على الارض
او في معناها اي المكان الذي اعد للقرار وليست الدابة في العادة للاستقرار
عليها وكذلك الارجوحة المعلقة بالحبال لانها لا تعد في العرف مكانا للمتمكن
مباح مكان الصلاة تدل على الارض او ما شابهها ومن حيث انها كالغرف لانه
متمكن من الاستقبال واستيفاء الافعال وهي مستقرة لا تتحرك فليست صلوته
معرضة لعدم الاستقرار في بعض الافعال ولما رواه الشيخ عن احمد محمد عن
موسى بن القسم وابن قتادة جميعا عن علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال
سالته عن الرجل هل يصلح ان يصلي على الرف المعلق بين نخلتين قال ان كان مستويا
يقدر على الصلاة عليه فلا باس والاقوى عندي الاول لانه لم ينقل عن النبي صلى
الله عليه وآله فعله وقد قال صلى الله عليه وآله صلوا كما رايتموني اصلي ولا نص عليه ورواية
الرف المعلق بين نخلتين لا تدل عليه لان الرف لا يطلق الا على المثبت بالمسامير
قال دام ظله ولو فقد البصر العلم والظن قلد كالاعمى مع احتمال تعدد
الصلاة اقول يدل كلام المصنف دام ظله هنا ان الاعمى يقلد مع فقد العلم
والظن لان ادلة القبلة تتعلق بحس البصر فاذا فقده لم له الادراك صار
كالعامي في الاحكام فيقلد ولان تكرار الصلاة على الاعمى دائما ضرر وكذا
وحصول العلم او حكمه له نعقاني لم يكن نادرا فلو كلف بتكرار الواحدة الى اربع
جهات لكان من عظيم الحرج فيكون منفيا بالآية فيقلد ولانه اقل من اهل
الحكم ومن دلالة الامارة ومحلها وتعينها فيجوز له التقليد فيه اجماعا فهنا
اولى وحصول العلم له بان يكون في الكعبة فيدركها باللمس او بالخبر المتواتر
اه

مع فاقد العلم صح

وكذا محراب الرسول او امير المؤمنين عليهما السلام ويحكم العلم بشهادة العدلين المخبرين
عن علم يقيني فان الشايع نزلها منزلة العلم اجماعا واما الامارة المفيدة للظن
فان تعذرت القدرة عن علم بالمطرح بدلالة الكوكب كالجدي في المحل الذي فانا الكوكب
اقوى الامارات لقوله تعالى وبالنجم هم يهتدون وكان تحرير محل القطب بيد الشيخ
الطوسي رحمه الله كلام في مسايل الخلاف يدل ظاهرا على انه يصلي الى اربع جهات
لان تقديم الوجوب لا يرفعه الا اليقين المحصل لان الظن لا يعارض العلم وليس بجيد
للزوم الحرج ولان دلالات القبلة اكثرها ظني واما البصير فان امكنه
العلم او الاجتهاد بالامارات وجب والا فالاقوى تقليد العارف لان عدم
البصيرة اشد من عدم البصر لقوله تعالى فانها لا تعمى الابصار ولكن تعمى القلوب
التي في الصدور وفي عدم البصر يجوز التقليد ففي عدم البصيرة اولى ولان قول
العدل يفيد الظن فكان امارة ويحتمل تعدد الصلاة الواحدة على الحائر الى اربع
جهات لانه به يحصل يقين البراءة ولا حرج هنا كما في الاعمى وعلى قول الشيخ في الخلاف
بصلاة الاعمى الى اربع جهات فوجوبه على البصير اولى قال دام ظله لو ظهر خطأ
الاجتهاد بالاجتهاد ففي القضاء اشكال اقول منشأه انه امر بالصلاة الى جهة
اداه الاجتهاد اليها وانى بالمأمور به والامر يقتضي الاجزاء لانه اتى بالمأمور به على
وفق الامر فيجزي ولان الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد كقضاء القاضي في الواقعة
وليس بقياس بل من باب التنبيه بالادنى على الاعلى فان اموال الناس وحقوقهم
مبنية على الاحتياط اكثر من حقوق الله تعالى كالعبادات فاذا لم ينقض في تلك
فكذا في هذه ويحتمل القضاء لانه قد ظهر الخطأ في شرط من شروط الصلاة فيلزمه
الاعادة كما لو ظهر انه صلى قبل الوقت او على غير طهارة وفيه نظر لان الطهور ان
كان العلم فالفرق ظاهر والا فهو ممنوع ولان الاجتهاد ثم والعلم في وجوب
العمل ويجب القضاء مع العلم فكذا مع الاجتهاد وفي المقدمتين منع والاصح عندي
الاول اما على قول المصوبة فظاهر واما على قول العدلية فلانه لا ينقض الا
الاجتهاد فيما مضى الا بدليل قطعي ولم يحصل **الفصل الرابع** في اللباس
قال دام ظله وفي السنجاب قولان اقول قال الشيخ في المبسوط وعلي
بن بابويه يجوز لورود الرواية الصحيحة قال قلت لابي جعفر عليه السلام تعول

في الفراء اي شيء يصلى فيه قال اي الفراء قلت الفنك والسنجاب والسمور قال يصلى
في الفنك والسنجاب واما السمور فلا تصل فيه وقال الشيخ في الخلاف وابن
الجنيد وابو الصلاح الحلبي بالمنع لقول الصادق عليه السلام ان كل شيء حرام اكله
فالصلاة في وبره وشعره وجلده وبوله وروثه وكل شيء منه فاسد لا تقبل تلك الصلاة
قال دام ظله وهل يفتقر استعمال جلده في غير الصلاة مع التذكية الى الدبغ
قولان اقول الاكثر على انه لا يفتقر للاصل ولانه لو كان نجسا لم يطهر به وقال
المرتضى والشيخ يفتقر ولم اقف للشيخ رحمه الله على دليل مقنع في هذا الباب قال
دام ظله والاقوى الحاق الناسي بالعامد اقول هنا مسألتان الاولى
صلى في الثوب المغصوب ناسيا ما حكمه فنقول البحث في هذه المسألة في موضعين
تعريف النسيان من المحسوسات وهو زوال الصورة المدركة عن محل الادراك وعن
الحافظة الثانية لا شك انه لا يؤاخذ عليه بمعنى انه لا يعاقب عليه باجماع كل من يعقل العلم
قال عليه السلام رفع عن امتي الخطاء والنسيان وهل هو عذر في صحة الصلاة وعدم
قضائها قال ابن ادريس نعم كالجهل المسألة لان اضافة الرفع الى حقيقته في رفع
محال في رفع احكامه والكل اقرب المجازات الى الحقيقة لان رفعها يستلزم
رفع جميع الاحكام فاذا تعذرت الحقيقة حمل على اقرب المجازات ولان الرفع هنا
بمعنى الغاء الشارع اياه كليا فلا عبرة في حكم ما ترتب حكمها عليه بنافي الغائه
المطلق ع لحطف وما استنكر هوا عليه عليه ع والمراد بالرفع فيه الالغاء الكلي
فكذا فيما هنا معطوف عليه وقال المصنف لا بل تعيد لانه قادر على التكرار
الموجب للتذكار فاذا اخل به كان من تفريطه ولانه لو علم كان حكمه
المنع من الصلاة والاصل بقاء الحكم واما ان النسيان انما يحتاج الى نص ولم
يثبت ثم اجاب بمنع العموم في احكام النسيان لانه يلزم زيادة الاضمار وهو
محذور ومنع الاكتفاء بالقل ولانه اوجب الصلاة في المغصوب وازال
حكم المانع لكان قد ثبت له حكم وانتظم في الاسباب الموثرة فلا بد
الرفع الكلي ودليلكم مبني عليه فرجع عليكم بالابطال لا بقاء الشرط
زوال المشروط لانا نقول ان زواله هو النسيان فلو كان عليه ازوال
الحكم لانتظم في الاسباب وعاد المحذور قلت لو استحضر ما معضونا

سلم لا يحكم بزوال الحكم ولما لم يكن الغضب الكفي يستدعي العذر في الحكم والعلم بقائم

غير الثوب معه ويصلي هل يبطل صلوته ام لا فتحقيق البحث فنقول النهي
انه منهي عن استصحابه فان كانت اباحته عنه محتاج الى فعل كثير مضاد للصلوة
فلا شك في بطلان الصلاة لان الامر بالشيء نهي عن ضده كما تقرر في الاصول وان استصحبه
تصرف منهي عنه لا يمكن تركه الا ببطلان الصلاة فيبطل وان لم يستلزم اباحته
ترك الصلاة وفعل الصلاة في اخر الوقت قلنا يصح صلاته في اول الوقت
فعلى هذه التقادير يحتمل بطلان صلوته لوجهين آ ان يستصحب النجاسة
كالقارورة المصمومة المشتملة على نجاسة تبطل صلوته والمغصوب اغلظ
والكد لانه ماخوذ باشق الاحوال ب ان هذه الحركات مشتملة على التصرف في
المغصوب وهي تحريكات له وكذلك الاكوان كلها فيكون منهيا عنها وهي اجزاء
من الصلاة والنهي في العبادات يدل على الفساد وفساد الاجزاء يستلزم فساد
الصلاة وقال كثير من الاصوليين بصحة الصلاة لان المنهي عنه وهو الغصب
وصف منفك عن فعل الصلاة فليس بجزء ولا لازم فلا يبطل الصلاة والتحقيق
ان هذه المسئلة ترجع الى ان المنهي عنه اذا لم يكن جزء المامور به ولا لازما بل
المكلف باختياره جمعهما هل يصح ذلك الفعل الذي جمعهما فيه اولا وقال كثير
منهم نعم يصح كما لو قال السيد لعبده خط هذا الثوب ولا تدخل هذه الدار فخاط
العبد الثوب في الدار عد عاصيا بالدخول مطيعا بالخياطة ويصح منه خياطة
الثوب وقال فريق منهم لا يصح لان الاكوان جزء من الصلاة وهي تصرف في الغصب
فكانت منهيا عنها فالنهي عن الجزء هنا او اللازم لهذه الصلاة المخصوصة
وفرق بينه وبين الخياطة لان الكون ليس جزءا من الخياطة

الفصل الخامس

في المكان قال دام ظله ولو صلى في المغصوب عالما بالغصب اختيارا بطلت
وان جهل الحكم ولو جهل الغصب صحت صلوته وفي الناسي اشكال اقول قد تقدم
مثل هذا الاشكال في الثوب المغصوب ومنشاء الاشكال هنا كما ذكرنا ثم لكن
نذكر هنا ماهية المكان في عرف الفقهاء في هذا الموضع وهو ما يستقر عليه
المصلي ولو بوسائط وما يلاقي بدنه وثيابه وما يتخلل بين مواضع الملاقاة
من موضع الصلاة كما يلاقي مساجده ويحاذي بطنه وصدره ويغير المكان في
اشتراط الطهارة بمعنى اخر وهو ما يلاقي عندهم فالمكان في عرفهم لفظ
مشترك

قال دام ظله ولو امره بعد التلبس مع الاتساع احتمل الاتمام والقطع
والخروج مصليا اقول البحث هو فيما اذا اذن له في الاستقرار بقدر زمان
للصلاة وان لم يحتمل الاتمام مستقرا ولا الاتمام خارجا اذا عرفت هذا فنقول
وجه الاول وهو الاتمام مستقرا انه شرع في واجب باذن المالك فلم يجز له
ابطاله لقوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم ولان المالك اذن الاذن يجري كالاذن
صريحا في افادة الاباحة فيكون كذا في اللزوم لانه من لوازم الاباحة ولانه امر
بالمنكر لان ابطال الصلاة حرام والامر بالمنكر لا ينفذ ووجه الثاني ان العارية
غير لازمة والمكلف فرط بشروعه لا المالك فيجب الخروج وهو يستلزم لفعل كثير
ليس من افعال الصلاة ولان حق الادمي مقدم على حق الله تعالى في مثله ولامكان
استدراك الصلاة ولان شرط صحة التكليف خلوه من جميع وجوه المفاسد والتصرف
في مال الغير بغير اذنه مفسدة ووجه الثالث ان الابطال حرام للاية والخروج واجب
وقد تجمعان للضرورة وجب الاتمام والاقوى الابطال لان سبب لزوم الاذن انما
يكون بفعل المالك او باذنه والصلاة ليس من فعله بل من فعل الماذون له واذنه
لا يدل عليها بالمطابقة ولا بالتضمن وهو ظاهر ولا بالالتزام لان الاذن في
الاستقرار اعم من الصلاة ولا دلالة للعام على الخاص وانما يدل عليها باضافة
مقدمة هي ان الظاهر ان الاذن في الاستقرار لا يمنع من الصلاة وهذا شاهد
الحال وهو دليل ضعيف لا يعارض التصرف في ملك الغير مع نهي الغير عنه
لان المنع منه قبيح عقلا ضرورة عقلية والتحقيق ان الرجوع بعد الشروع
لا يرفع حكم الاذن في اباحة الكون وان لزم تكليف ما لا يطاق ولهذا احتمل
الاتمام خارجا وانما الاشكال في رفع حكم الاباحة في الاستقرار بعد ان قلنا
به لم يحتمل الاول ونفي احد الاخرين والاقرب الاول والتوجيه قد تقدم
قال دام ظله وفي جواز صلوته الى جانبه او امامه امراة تصلي قولان
سواء صلت بصلوته او منفردة وسواء كانت زوجته او مملوكته او محرما
او اجنبية والاقرب الكراهة اقول محاذاة المراة الرجل او تقدمها عليه
في صلاتهما الصحيحتين لولا المحاذاة او التقدم بلا حائل او بعد عشرة
اذرع قيل محرم ويبطل وقيل يكره ولا يبطل بالاول قال الشيخان وابن حمزة

عن محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلم قال سألته عن الرجل يصلي في زاوية الحجرة وامرأته
وابو الصلاح وابن الجنيد في قال والاول المصنف والمرتضى في المصباح وابن ادريس وهو
الاقوى عندي اُحتج الاولون بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال اخروهن
من حيث اخرهن الله ولفظة من حيث للمكان ولا مكان يجب عليه التأخير
خارج الصلاة اجماعا فيتعين في الصلاة ولفظة افعل للوجوب لما ثبت في
الاصول والامر بالشيء نهي عن ضده لما ثبت في الاصول فيكون كل واحد منهما قد صلى
في مكان نهي عن الصلاة فيه نهي تحريم فتبطل الصلاة وبما رواه عمار الساباطي عن
ابي عبد الله عليه السلم انه سئل عن الرجل له ان يصلي وبين يديه امرأة تصلي قال لا يصلي
حتى يجعل بينه وبينها اكثر من عشر اذرع وان كانت عن يمينه او عن يساره
جعل بينه وبينها مثل ذلك وان كانت تصلي خلفه فلا بأس وان كانت تصيب ثوبه
وان كانت المرأة قاعدة او نائمة او قائمة في غير صلاة فلا بأس حيث كانت واحتج
الاخرون بما رواه جميل بن دراج عن ابي عبد الله عليه السلم في الرجل يصلي والمرأة تصلي
بحذاه في الزاوية الاخرى قال لا بأس بذلك فان كان بينهما ستر اجزاه واعلم ان هذا
البحث انما هو في حالة الاختيار اما في الاضطرار فلا كراهة ولا تحريم **قال** دام ظله
والاقرب اشتراط صحة صلوة المرأة لولاه في بطلان الصلوتين **اقول** ليس مراده
صحة صلوة المرأة خاصة بل مراده صحة صلوة كل منهما لولا المحاذاة او التقدم في
بطلان الصلوتين ووجه القرب ان الفاسدة كلا صلوة فلحمل الالفاظ الصلاة
عند الاطلاق على الصحيح كالعقود ويحتمل عدمه لصدق المسمى على الفاسد
قيل لو اشترط صحة صلوة كل منهما في البطلان لاشترط الشيء بنقيضه وهو محال قلنا
المراد الصحة لولا المحاذاة فلا تناقض وقيل المانع اما صورة الصلوة او الصحة
والاول محال لعدم اعتبار الشارع اياها فوجودها كعدمها ولانه لو اعتبرت
لابطلت صلوة الحائض او الجنب فتعين الثاني والثاني محال والا لاجتمع الضدان
او ترجح احد طرفي الممكن بلا مرجح وهو محال والجواب ان المانع هو
اجتماع شرائط الصحة عدا عدم المحاذاة وتقدمها فالموجب هو المحاذاة او
تقدمها مع اجتماع الشرائط غير عدمها **قال** دام ظله وفي الرجوع اليهما حينئذ
نظر **اقول** مراده هل يؤثر قول كل واحد منهما في بطلان صلاة الاخر بحيث
يعمل عليه ووجه النظر انه من فعله وامارة الصدق ومن انه اقرار على
الغير والاقوى الاول لان عدم الرجوع الى كل واحد منهما مع اشتراط صحة
صلوته

صلوة كل منهما في بطلان الصلاتين وتحقق البطلان بالمحاذاة انما عند اجتماع امور
ثلاثة لا يمكن اجتماعها على الصدق والثاني محقق لانا نبحث على هذا التقدير والثالث
واقع اجماعا من القائلين بالبطلان فبطل الاول اما المنافاة فلان صحة الصلاة لا
يعلمها الا المصلي نفسه لانها متعلقة بامور قلبية لا يطلع عليها الا الله تعالى فلو لم يقبل
قوله لزم اما عدم الاشتراط بالصحة او عدم تحقق البطلان عند المصلي الاخر قطعا
وان المانع الصحة واذا لم يعلم المانع لم يتحقق بطلان صلاة الاخر لان الاصل عدمه
فاذا لم يقبل قول احدهما لم يتحقق المانع من الصحة اذ لا طريق غيره **قال** دام ظله
ولو لم يتعد نجاسة المكان الى بدنه او ثوبه صحت صلوته اذا كان موضع الجبهة طاهرا
على راي وقال في المطلب الثالث فيما يسجد عليه ولا يشترط طهارته سوى قدر ما يقع باقي
الاعضاء مع عدم التعدي على راي **اقول** لا تظن ان هاهنا تنافيا ولا واحدا
وقد اشتمل الكلام الاول وهو ما ذكره في المكان والكلام الثاني وهو ما ذكره
في المطلب الثالث على البحث في مقامات ثلاثة وقد اشار الى مسايل اما المقامات
ا البحث في اشتراط الطهارة في المكان وعدمه **ب** ما معنى الاشتراط وهو
مذكور في المقام الاول **ج** في تفسير المكان في هذا الموضع وهو مذكور في المقام
الثاني اما **ا** فقال بعضهم باشتراط الطهارة في المكان اي خلوه من كل النجاسات
سواء كانت متعدية او غير متعدية وسواء كانت معفوا عنها لو كانت في البدن والثياب
اولا وذلك في حالة الاختيار وهو اختيار المرتضى وقال والذي كان طلة
الاجماع منا واقع على اشتراط خلوه من نجاسة متعدية وان كانت معفوا عنها
في الثياب والبدن اما غير المتعدية فلا يشترط الا طهارة موضع الجبهة
في السجود وهو اختيار الشيخين واكثر الاصحاب وهو الاقوى عندي
لنا ما رواه الشيخ عن زرارة عن ابي جعفر عليه السلم قال سألته عن الشاذكونه
تكون عليها الجنابة اصلي عليها في المحمل فقال لا بأس **لا يقال** الصلاة في
المحمل حال الضرورة او رخصة مختص بالنافلة وعلى كلا التقديرين فلا حجة
فيه على جواز الفريضة حالة الاختيار لانا نقول قد روى محمد بن ابي عمير قال قلت
لابي عبد الله عليه السلم اصلي على الشاذكونة وقد اصابتها الجنابة فقال لا بأس

وترك الاستفصال مع قيام الاحتمال يدل على عموم المقال والا لزم تأخير البيان عن
وقت الحاجة السؤال والجواب بالعام مع ارادة الخاص واستفاء القرينة والكل
محذور عند الاصوليين احتج المرتضى بوجوه آ قوله تعالى والرجز فاهجر والرجز هو
النجس ومعنى هجره اجتنابه فالصلاة داخلة في هذا الاجتناب لانها اولى الاحوال با
شتراط الطهارة وانسبها والهجر عبارة عن الاجتناب الكلي اي في سائر الاحوال
والازمان عرفا عاما لانه اذا قيل له اهجر الشي الفلاني ففعله في حالة ما او
زمان ما قيل لم يهجر ولان قولنا لا تهجر مناقضة عرفا اهجر والاول جزئي اجماعا
فالثاني كلي فان نفي العموم دل عليه في المكان في الصلاة واذا اخرج ما اخرجه
النص بقي الباقي والمكان لم يخرجه النص فبقي حكم الاية فيه ب روي ان النبي
صلى الله عليه وآله قال سبعة مواطن لا يجوز الصلاة فيها المجزرة والمزبلة والمقبرة
ومعاطن الابل والحمام وقارعة الطريق وفوق بيت الله العتيق فذكر المزبلة
والمجزرة والمقبرة لاجل النجاسة فكانت الطهارة مشترطة ج انه يجب تجنب المساجد
النجاسة اجماعا وانما وجب ذلك لكونها موضع الصلاة وانما شرفت بذلك د
ما رواه الشيخ في الموثق عن عبد الله بن بكير قال سألت ابا عبد الله عليه السلم
عن الشاذكونة يصيبها الاحتلام ايصلى عليها قال لا والجواب عن آ الرجز
لفظ مشترك لاحد معانيه القذر ومنها العقاب ولا دلالة فيه على النجاسة وايضا
لا نسلم عموم الاجتناب في الازمان والاحوال ونمنع التناقض وايضا فلو سلم عمومه
لكان مخصوصا قطعا وعند كثير من الاصوليين لا يبقى حجة وعن ب ان سلم
صحة السند فالمراد الكراهية اذ مراده في حق الحمام ومعاطن الابل وقارعة
الطريق الكراهة على قولهم فلو اراد في الباقي التحريم لزم استعمال اللفظ المشترك
في كلي معنييه اعني الحقيقة والمجاز في حالة واحدة وهو خلاف الاصل وان بطل
تعليلهم بطل دليلهم على الحكم وعن ج انه لا يجوز ان يكون لخصوصية
المسجد بل هو الظاهر لانه يحرم تنجيسه في غير حالة الصلاة وليس كل مكان
لاجل كونه مكانا للصلاة كذلك وعن د ان عبد الله بن بكير فطحي فلا
يعول على ما ينفرد به وقد انفرد بهذه الرواية لانه لم ينقلها غيره واحتج
ابو الصلاح على اشتراط طهارة مساقط اعضاء السجود بالوجه الرابع والجواب
قد

[illegible]

قد تقدم واما المقام الثاني وهو معنى الاشتراط المراد به انه
شرط في صحة الصلاة او في وقوعها موافقة لترغيب الشارع او للامر بالامر
بها والثاني تفسير من لم يجعل المندوب مأمورا به ولم يقل بصحة صلاة
المميز فان التفسير الثاني اعم يعم الواجب والمندوب وصلاة المميز واما
المقام الثالث وهو تفسير المكان في هذا الموضع وللفقهاء عبارات فيه آ
تفسير السيد المرتضى انه مسقط كل البدن ب ما يلاقي بدنه او ثوبه من
موضع الصلاة ويلوح من كلام الشيخ ج مساقط اعضاء السجود ويلوح
من كلام ابي الصلاح وهو اختيار المصنف هنا وارشاد بقوله ولا يشترط
طهارة مساقط باقي الاعضاء د الصلاة تشتمل على حركات وسكنات وما ع
والكل لا بد فيه من الكون فالمكان ما يقع فيه هذه الاكوان وهو تفسير الجبايين
واختاره شيخنا في بعض اقواله واما المسائل المتفرعة على ذلك فانا نذكر
المتعلقة بها آ لو كان على احد الاعضاء التي يشترط طهارة مكانها انقص من
درهم من الدم الذي عفي عنه فان تعدى منه الى المكان بطلت صلوته عند
تحديد بالمكان لا قبله فنجاسة مكانه قبل ملاقاته اياه لا تؤثر في بطلان الصلاة
ونجاسته وحده مما عفي عنه لا تبطل وانما يبطل الملاقاة مع نجاسة المكان كما
لو كانت على المكان خاصة فانه لا يبطل الا مع النجاسة لثوب المصلي او بدنه ولو لم
تتعد وان لم تتعد منه الى المكان بان كان يابسا لم تبطل الصلاة وهذا معنى قوله
النص وهو اولى من التخريج ب نجاسة غير المكان اذا لم تتعد الى ثوب المصلي
او بدنه بالملاقاة في الصلاة لا تبطل عندنا وعند من يشترط طهارة المكان
نجاسة جزء من المكان مع ملاقاة جزء من البدن او الثوب مبطل ولهذا الفرق احتاج
الفقهاء الى معرفة المكان في هذا الموضع ج ما يحاذي الصدر والبطن والفرج
من الاعضاء في حالة السجود على قول المرتضى والجابين من المكان وعلى تفسير ابي
الصلاح ليس من المكان فعلى الاول ان لاقى ابطل وعلى الثاني لا يبطل د
لو بسط على الارض النجسة بساطا طاهرا وصلى عليه لم يضر وان كان يصلي على
نجاسة لانه لا مماسة ولو كان فيه فرج بحيث يماس جزء من بدنه او ثوبه الموضع
النجس لم تصح صلوته

الفصل السادس في الاذان والاقامة

وفيه

دام ظله في آخر المطلب الرابع في الاحكام والمعتمد لترك الاذان والاقامة
عمدا في صلاته والناسي ترجع مستحبا ما لم يركع وقيل العكس اقول اذا
ترك الاذان والاقامة حتى شرع في الصلاة ملخص الكلام فيه في مقامات
خمسة هل يرجع لتداركهما او لا وما شرط رجوعه ومتى يرجع ومن يرجع
وما يتفرع عليه من المسائل التي اشار اليها المصنف في هذا الكلام اما الاول
فقد يسوغ الرجوع بشرط ويدل عليه ما ياتي من الروايات واما الثاني
فنقول اجمع الكل على اشتراط عدم تضيق الوقت ولو عن حرف كالتسليم وعدم
فوات شرط في الصلاة كما لو صلى بتيمم ووجد الماء بعد التكبير ثم عدم سوى الرابط
فانه لا يجوز له الرجوع ولم يذكرهما المصنف للعلم بهما واما ذكر هنا الخلاف
في تعيين التارك وبيانه فنقول للناسي فيه اقوال ثلاثة آ اختاره والدي
المصنف دام ظله هنا وبه قال المرتضى في المصباح انه يشترط في الاعادة تركهما
نسيانا فلو تعمد تركهما لم يعد واحتج عليه بما رواه الحلبي في الصحيح عن
ابي عبد الله عليه السلم قال اذا افتتحت الصلاة ونسيت ان تؤذن وتقيم ثم ذكرت
قبل ان تركع فانصرف فاذن واقم واستفتح الصلاة وان كنت قد ركعت فاتم
على صلوتك وما تعطف على ما بعد حرف الشرط ثم يذكر بعده الجزاء يكون جزاء من
الشرط واذا فقد الشرط فقد المشروط وهو الجزاء ب قول الشيخ في النهاية وابن
ادريس بالعكس وهو الاعادة تعمدا تركهما ان تعمد ويمضي في صلوته ان نسي
ج قول الشيخ في المبسوط وهو ان المنفرد اذا دخل في الصلاة من غير اذان ولا
اقامة استحب له الرجوع ما لم يركع ويؤذن ويقيم ويستقبل الصلاة فان
ركع مضى في صلوته ولم يفرق بين العمد والنسيان ولم نقف للشيخ على قوله في
النهاية على رواية يستند اليها قوله هذا وهنا اقوال اخر لم نطول بذكرها لخلوها
عن الفائدة واما المقام ج فنقول يرجع ما لم يركع في الاولى للرواية المذكورة
واما المقام د وهو البحث عمن يرجع فالذي يرجع هو من ترك الاذان والاقامة
معا المنفرد والجامع الامام والماموم لان الاستحباب فيه اكد بل يحتمل
بالوجوب هنا ومن قيد المنفرد فللتنبيه بالادنى على الاعلى واما استحباب
الاعادة للروايات الواردة فيه اما الاذان وحده فلا يرجع لاجله اجماعا
واما

واما الاقامة وحدها فقد روى الشيخ في الصحيح عن حسين بن ابي العلاء عن ابي
عبد الله عليه السلم قال سالته عن الرجل يستفتح الصلاة المكتوبة ثم يذكر انه لم يقم
قال فان ذكر انه لم يقم قبل ان يقرا فليسلم على النبي ثم يقيم ويصلي وان ذكر بعد ما
قرا بعض السورة فليتم على صلوته قال والدي المصنف في منتهى المطلب وهذا يدل
على ان الاقامة كالاذان في الاعادة في الحكم ايضا فقد روى الشيخ في الصحيح عن علي
بن يقطين قال سالت ابا الحسن عليه السلم عن الرجل ينسى ان يقيم الصلاة وقد افتتح
الصلاة قال ان كان قد فرغ من صلوته فقد تمت صلوته وان لم يكن فرغ من صلوته فليعد
قال الشيخ المراد بقوله فليعد الاستحباب وهو جيد لكن مع شرط آخر وهو عدم
الركوع واما المقام ه ففيه مسائل آ ان الرجوع مستحب لتحصيل فضيلة الاذان
والاقامة وفيه اشارة الى ان الامر الوارد في لفظ الائمة عليهم السلم هنا انما هو للندب
لا للوجوب لان ما غايته عين في غير التبليغ منع الغاية في حكمها وغاية الرجوع الاذان
والاقامة ب ان ابطال الواجب لاجل استدراك المستحب هنا جائز بالنص وهو
لقيام المقتضي للمنع وهو قوله لا تبطلوا اعمالكم والرخصة كما تكون واجبة كتناول الميتة
عند خوف التلف في المخمصة ومباحة ككلمة الكفر عند العلم بالقتل ان تركها
وقد تكون مستحبة كهذه الصورة ج التنبيه على فضل الاذان والاقامة لان
لان افضل العبادات البدنية الصلاة ويجوز ابطال الواجب منها لاجل استدراكهما
واعلم ان هنا اشكالا وهو ان مقتضى الاية تحريم الابطال ومقتضى الرواية اباحته
والخاص اذا ورد بعد حضور وقت العمل بالعام كان نسخا لا تخصيصا وهنا
الروايات عن الائمة متاخرة عن وقت العمل بالعام ونسخ الكتاب بخبر الواحد لا يجوز
واجاب المصنف عن هذا الاشكال بان ورود السنة على قسمين احدهما
ابتداء شرع عينها وثانيهما الاخبار عن ثبوت حكمها فيما تقدم فالاول هو الذي
يستلزم النسخ اذا كان بعد حضور وقت العمل واما الثاني فلا يستلزم والرواية
عن الائمة عليهم السلم ليست من القسم الاول بل من القسم الثاني فاذا قال الامام عليه
السلم شيئا من ذلك وهو لا يشك في وجوب عصمته وانه لا ينطق في الاحكام الا
عن لفظ النبي عليه السلم كما ان النبي لا ينطق الا بالوحي وما ينطق به من ذلك فهو
اخبار عن حكم النبي عليه السلم السليم عن المعارض كالنسخ وساير وجوه التاويلات
فكانه قال ان النبي عليه السلم قال ذلك وهذا يكون من باب التخصيص والبيان لا من باب

[illegible]

للشيخ والرخصة باعتبار تخصيصه وباعتبار بيان قال دام ظله ولا يجوز الاعتماد
مع القدرة اعتمادا على رواية اقول هذه رواية علي بن جعفر عن اخيه موسى عليه
السلم قال سألته عن الرجل هل يصلح له ان يستند الى حائط المسجد وهو يصلي او يضع
يده على الحائط وهو قائم من غير مرض ولا علة فقال لا بأس وعن الرجل يكون في صلوة
فريضة فيقوم في الركعتين الاوليين هل يصلح ان يتناول من المسجد متوكئا
يستعين به على القيام من غير ضعف ولا علة قال لا بأس ولا يعارضها ما ... الاربعين
لقوله تعالى وقوموا لله والقيام الاستقلال وهما محمولتان على التقية قال
دام ظله ولا يجب القيام في النافلة وفي جواز الاضطجاع نظر اقول اما
جواز النافلة قاعدا اختيارا فاجماعي وقد روي ان ثوابه نصف ثواب القائم
وروى عمران بن الحصين قال سألت رسول الله صلى الله عليه وآله عن صلوة الرجل وهو
قاعد فقال من صلى قائما فهو افضل ومن صلى قاعدا فله نصف اجر القائم ومن صلى نائما
فله نصف اجر القاعد ويروى وصلوة النائم على النصف من صلوة القاعد اذا عرفت
ذلك فنقول هل يجوز ان يصلي النافلة مضطجعا مفهوم الحديث الجواز ومنشأ
الاشكال من انها عبادة واجبة فلا يجب كيفيتها وهذه كيفية مشروعة للصلوة
ومن انه تغيير لهيئة الصلاة من غير عذر ولانه لم ينقل عن النبي عليه السلم انه
فعله واعلم انه فرق بين صلوة النافلة قاعدا ومضطجعا لان قوام الصلاة
بالافعال فاذا اضطجع فقد ترك معظمها ولم يحصل صورتها بخلاف القعود فان
صورة الصلاة تبقى منظومة معه والاقوى عندي الجواز قال دام ظله ومعه
الاقرب جواز الايماء للركوع والسجود اقول وجه القرب ان هذه الهيئة تابعة
للاضطجاع وجوازه اختيارا على الراحلة وماشيا واذا جاز من حال الاختيار
فليجز مطلقا لانه دليل على عدم منافاته للصلاة قال دام ظله ولو نوى
في الاولى الخروج في الثانية فالوجه عدم البطلان ان رفض القصد قبل البلوغ
الى الثانية اقول استعمل هنا لفظ النية في الارادة على سبيل المجاز فان
النية حقيقة في الارادة المقارنة ومجاز في القصد اعني الارادة مطلقا وتحرير
المسألة انه اذا قصد في الاولى الخروج في الثانية فهنا احتمالات ثلاثة آ بطلان
الصلاة في الحال لان الجزم في النية معناه ان يوجد ارادة الاتيان بالصلاة
كلها ارادة جازمة لا شك فيها واستمرارها حكما الى انتهاء الصلاة
شرط

شرط ومعنى الاستمرار حكما الامتناع عما ينافي هذا الجزم وهو مبني لان استمرار
عين الارادة عسر وهذا كالايمان فانه لا يشترط فيه استحضار العقد الصحيح
الجازم على الدوام ولكن يستدام حكمه ويجب الامتناع عما ينافي هذا الجزم ولا شك
ان نية الخروج في الثانية ينافي الجزم بالاتيان بالكل ولا ريب انه يجب عليه الاستمرار
في الصلاة والاتيان بها على سبيل الاتصال والموالاة والخروج في الاثناء ينافيه
واذا عرفت ذلك فنقول اختلف المتكلمون في ان ارادتي المتنافيين هل يتنافيان
ام لا فان قلنا بالمنافاة بطلت الصلاة والا لم تبطل والادلة من الطرفين مذكورة
في الكلام والحق عندي بطلان الصلاة في الحال ب عدم البطلان بناء على ما ذكرنا
من عدم المنافاة على احد القولين وهو اختيار السيد المرتضى والشيخ في الخلاف فانه
قال اذا دخل في صلاته ثم نوى انه خارج منها او نوى انه سيخرج منها قبل اتمامها
او شك هل يخرج منها او يتمها فان صلاته لا تبطل لانه لا دليل عليه وقال في المبسوط
اذا عزم على ما ينافي الصلاة من حدث او كلام ان يفعله خارجا منها ولم يفعل
اثم ولم تبطل صلوته لانه لا دليل عليه ج ان رفض القصد قبل البلوغ الى الثانية صحت
صلوته لاصالة الصحة ولانه تستصحب النية الاولى في الركعة الاولى ولا منافي فيها والثانية
فيها فتصح والثانية صحت اذ بطلانها قبل الوصول اليها غير معقول وعند الوصول
النية لم توجد حال وجودها فحال تركها اولى قال دام ظله وكذا ان علق الخروج بامر
ممكن لم يدخل تحته فان دخل فالاقرب البطلان اقول الفرق بين هذه المسألة والمسألة
الاولى ان في المسألة الاولى علق الخروج بامر يحصل في صلاته لا محالة وهذه المسألة على امر
ممكن ومنشأ الخلاف في هذه المسألة انه لو قال ان دخل زيد تركت الاسلام
فانه يكفر في الحال ولو شرع في الصلاة على هذه النية في الابتداء لم يصح فكذا في الاثناء
هنا البطلان لما قلناه ويحتمل عدمه لان ذلك المعلق عليه ربما لا يوجد فتبقى النية
على استمرارها ولانه الآن في نفس الامر لا ينافيه الآن على تقدير هو بالقوة
ولم يوجد بالفعل لان الاصل استمرار العدم والآن على تقدير معدوم فينتفي
فلا ينافي النية السابقة المستمرة وتحقق عدم النية لا يوثر فلا ما نحن فيه الآن
انما يوثر في الحدوث حال وجودها مع وجود المعلق عليه لا مع عدمه اما مع
الغفلة عنها فلا يوثر اصلا وانما اعتبرها الشارع حكما لرفع الحرج في
استدامة فعل الواجب لا ابتدائه لان المعتبر في الابتداء العين وتفرع

[illegible]

على هذا الاحتمال يعني احتمال عدم البطلان حال النية انه لو وجدت الصفة المعلق
عليها كدخول الشخص مثلاً فهل يبطل الصلاة ام لا اقول ان لم يكن ذاهلاً
عن التعليق اولاً بل هو مستمر في نيته بالفعل فلا شك في البطلان لان المصنف
قد ذكر انه اذا نوى الخروج في الحال او شك فيه بطلت صلوته وان كان ذاهلاً
عن التعليق فوجهان احدهما انه لا تبطل الصلاة لانها لو بطلت لبطلت في الحال
لقيام التردد فاذا لم يبطل لم يكن لهذا التردد وقع وكان وجوده وعدمه بمثابته
واحدة ورجح والذي انها تبطل عند وجود الصفة لانه مقتضى التعليق والاصح عندي
البطلان من حين النية قال دام ظله في مباحثه عكس ان يقال بوجود الصفة
يعلم ان التعليق حال مقتضى النية المعتبرة في الصلاة في نفس الامر لان وقوعه
كان متحققاً في علم الله تعالى فتبطل الصلاة حينئذ من حين التعليق وانه لو وجد
الصفة علم عدم منافاتها لان الثابت على تقدير منتف منتف فظهر صحة الصلاة
وبطهر الفائدة في المأموم وفيما اذا نوى ابطال هذه النية قبل وجود الصفة واعلم
ان الشيخ في الخلاف قال الصلاة لا تبطل بنية الخروج او الشك فيه ثم قوى الشيخ
في الخلاف ايضا البطلان وما ذكرناه نحن هو تحقيق هذه المسئلة قال دام
ظله ولو نوى فعل المنافي لم يبطل الا معه على اشكال اقول المراد بالنية
هنا القصد مجازاً ومنشأ الاشكال ان ارادتي الضدين هل يتضادان ام
لا فان قلنا بتضادهما هل تضادهما ذاتي او للصارف فان قلنا بعدم تنافيهما
للصارف لم يبطل ايضاً وان قلنا ذاتي بطلت الصلاة وتحقيق هذه المسئلة في
علم الكلام قالوا ارادة الشيء يستلزم كراهة ضده او نقيضه وكراهة كل شيء تنافي
ارادته وثبوت احد المتنافيين يستلزم نفي الاخر فتبطل النية قلنا المقدمات
ممنوعة واعلم ان الشيخ في المبسوط قال اذا عزم على ما ينافي الصلاة من حدث
او كلام او فعل خارج منها ولم يفعل اثم ولم يبطل صلوته وكذا المرتضى قال بعدم الابطال
واعلم ان التحقيق في هذه المسئلة وما قبلها من المسائل وما يتفرع من الفروع
يبتني على شيء نذكره هنا وهو ان النية شرط ومحضها للقربة والاستدامة
شرط ايضا اما الاول فشرط باجماع علمائنا واما الثاني وهو استدامة
النية حكماً حتى يفرغ من صلوته فواجب باجماع المسلمين فيلزم على ذلك
بطلان الصلاة بمنافيها في احدها وهذا القدر على الفقيه بحث عنه وهو
مسلم انتهى

مسئلة من علم الفقه واما البحث عن منافي النية فهو من علم الكلام فالفقيه يتسلمه
من المتكلم واذا بحث عنه في علمه كان من جملة المبادي التصديقية والمصادرات
فيه واجمع الكل على انه اذا قصد بعض افعال الصلاة او لاجنبه عن الصلاة بطلت
الصلاة بذلك القصد والقائلين في المأموم وعدم اعتداد الكثرة لان اجماع المتكلمين
على ان احد المتعلقين اذا اختلف متعلقهما وتعلق احدهما على عكس تعلق الاخر
تضادا فلذلك اجمع الفقهاء على انه اذا نوى بعض افعال الصلاة عن غيرها
بطلت واما تضاد المتعلقين بغير هذا الوجه كتعلق احدهما باحد الضدين
والاخر بالاخر وغير ذلك من الوجوه فاختلف فيه المتكلمون ومن هنا ارادة الضدين
هل يتضادان وارادة المتنافيين كارادة الخروج مع ارادة الاستدامة
هل يتنافى اختلف المتكلمون في ذلك ومن ثم اختلف الفقهاء في هذه المسائل
المذكورة فقول الشيخ في المبسوط بناء على مذهبه في بعض كتبه في علم اللطيف
من جملة علم الكلام ان المتعلق لا يتضاد الا بما ذكرناه اولاً لا يغير واما قوله
في الخلاف بناء على ما ذكره في موضع اخر من تضاد ارادتي الضدين وتنافي
ارادتي المتنافيين والحق عندي البطلان قال دام ظله واما زيادة على
الواجب من الهيئات فالوجه البطلان مع الكثرة اقول وجه البطلان انه فعل
كثير ليس من افعال الصلاة وكل فعل كثير ليس من افعال الصلاة مبطل ينتج انه
مبطل والصغرى فرضية والكبرى اجماعية ويلزم القول بالصحة لمن ذهب الى
ان الاكوان باقية وان الباقي مستغن عن المؤثر وانه لا يعدم الا بطريان الضد
وقد ذهب الى ذلك جماعة من الامامية فعلى قولهم لما اوجد القيام من الركوع
مثلاً فالذي صدر من الفاعل حدوثه القيام ثم فيما بعده صار باقياً فاستغنى
عن المؤثر والقدرة تتعلق انما بايجاد ضده فاذا لم يوجد لم يكن للفاعل فعل
صدر منه حال البقاء شيء اصلاً فاذا نوى بالزائد عن الواجب من ذلك
القيام عن الصلوة فقد نوى شيئا لم يصدر منه والحال لم يفعله غير الصلاة فلا
يؤثر في بطلان الصلاة والتحقيق ان هذه المسئلة راجعة الى ان الباقي
هل يحتاج الى المؤثر ام لا فان قلنا يحتاج بطل مع الكثرة لانه فعل فعلا
كثيرا وان قلنا الباقي مستغن عن المؤثر فالمؤثر لم يفعل شيئا فلا يبطل والا قوى

عندى لتطلّلتن قال دام ظله و لوظن الخروج فنوى القضاء ثم ظهر البقاء فالاقرب الاجزاء مع خروج الوقت اقول هذه المسئلة اصولية وتقريرها ان نقول التكليف فى الوقت منوط بالظن فاذا ظن الخروج صار قضاء وكان مكلفا بان ينوى القضاء اجماعا و لو نوى الاداء حال وجود الظن بالخروج بطل اجماعا اذا تقرر ذلك فنقول اما ان يبقى الظن ويستمر دائما اولا فان كان الاول وقع مجزيا فى نفس الامر اجماعا وحصل له ثواب فعل الاداء اجماعا وان انكشف فساد ظنه بعد الفعل فاما ان يكون الظهور بعد خروج الوقت او قبله فهنا مسئلتان آ ان يكون بعد خروج الوقت فالاصح الاجزاء وعدم وجوب الاعادة لانه اتى بالمامور به على وجهه وكلما اتى بالمامور به على وجهه خرج عن عهدة التكليف وذلك هو معنى الاجزاء ولان الاعادة خرج فيكون منفيا بالاية ويحتمل ضعيفا الاعادة لانه اوقع القضاء فى غير وقته مع امكان استدراكه ولان الصلاة واجبة والاصل بقاء الوجوب الى ان يعلم مبريه للذمة ولم يثبت ب انه يعلم قبل خروج الوقت بمعنى انه بقى من الوقت مقدار ركعة فهنا يحتمل الاتيان بها لان سبب الوجوب وهو الوقت موجود والفعل وقع على غير وجهه فياتى به ويحتمل عدم الاعادة لانه اتى بالمامور به كما كلف به لانه مكلف بالاتيان بمقتضى الظن ويحتمل ان يقال ان خرج الوقت فى اثناء الصلاة صحت الصلاة كما لو نوى الاداء قبل دخول الوقت بظن دخوله ودخل فى الاثناء فانه يصح عند المصنف والاقوى عندى الاعادة مع بقاء الوقت قال دام ظله ويجوز ان تقرا من المصحف وهل يكفى مع امكان التعلم نظر اقول القراءة فى الصلاة من المصحف مكروهة ولا شى من القراءة الواجبة فى الصلاة بمكروهة فيلزم ان لا تكون هى الواجبة فى الصلاة والصغرى اجماعية والكبرى ظاهرة لانها واجبة والوجوب والكراهة متضادان ولامر الشارع بالتعلم ولم يامر بالقراءة فى المصحف فلو قام مقام التعلم والحفظ لزم تخيير البيان عن وقت الحاجة والاقوى عندى عدم الاكتفاء قال دام ظله ويجب البسملة بينهما على راى اقول قال الشيخ فى التبيان لا يجب الجواز قرائتهما فى ركعة بعد الحمد وعدمه فى السورتين والسورة الواحدة لا يجب تكرار البسملة ويحصل بالقراءة من المصحف لانها فرع من افراد الكلى

البسملة بينهما والمقدمة الاولى و آ انا لله همنوعنان وقال المصنف وابن ادريس يجب كالنمل لانها كتبت بخط المصحف فى المصحف بينهما فيكون اية قال دام ظله ولو قرا العزيمة فى الفريضة ناسيا اتمها وقضى السجدة والاقرب وجوب العدول ان لم يتجاوز السجدة اقول تحقيق هذه المسئلة وهى صورة النسيان مبنى على ان قراءة العزيمة او بعضها فى الفريضة القراءة التى هى جزء من الصلاة عمدا حرام وهذا يتوقف على مقدمات خمس آ انه يجب قراءة سورة كاملة بعد الحمد فى الاوليين لما رواه منصور بن حازم قال قال ابو عبد الله لا تقرا فى المكتوبة اقل من سورة ولا اكثر ب انه يحرم الزيادة على السورة بعد الحمد على انها جزء من الصلاة ج ان زيادة السجود للتلاوة فى الفريضة حرام د ان وجوب السجدة عقيب قراءة اياتها على الفور لا يجوز تاخيرها عنها ه ان الصلاة ليس تعذر فى تاخير السجدة عن قراءة اياتها اذا تقررت المقدمات فنقول هذه المقدمات الخمس يلزم منها القول بالتحريم وهو ظاهر وبنيه على هذه المقدمات ما رواه الشيخ عن زرارة عن احدهما عليهما السلم قال لا تقرا فى المكتوبة شى من العزائم فان السجود زيادة فى المكتوبة وهذا فيه تنبيه على هذه المقدمات وهو ظاهر فى الابطال فى طريقها ابن بكير وهو واقفى والقسم بن عروة قال والدى والحكم فى حالة الانا نقول الرواية الضعيفة فى النهى والتحريم مع عدم المعارض العقلى والنقلى يعمل بها للاحتراز عن الضرر المظنون فى الترك والفعل لانهما يلزمهما كالحقوقية والفسق والكفارة وعلى منع بعض هذه المقدمات لا يتم ذلك ويوضحه ما رواه عمار الساباطى عن ابى عبد الله عليه السلم فى الرجل يقرا فى المكتوبة سورة فيها سجدة من العزائم فقال اذا بلغ موضع السجدة فلا يقراها وان احب ان يرجع فيقرا سورة غيرها ويدع التى فيها السجدة رجع الى غيرها فلنفصل اقوال الناس فى ذلك فنقول المقدمة الثالثة اجمعت منا والخلاف فى غيرها على اقوال آ قول من منع المقدمة الاولى وسلم ما بعدها كالشيخ فى النهاية فجوز على قوله قراءة بعض السورة وهو ما ليس فيه السجدة وحرم قراءة الكل وقراءة سورة اخرى معه اما الجواز فلعدم لزوم المحذور واما المنع من الكل فلرواية ابن بكير واما المنع من قراءة اخرى معه فلرواية الشيخ فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن احدهما

عليهما السلام قال سألته عن الرجل يقرأ السورتين في الركعة فقال لا لكل سورة ركعة
ب قول من منع مع ذلك المقدمة الثانية وسلّم ما بعدها وهو قول الشيخ ايضا
فيتخيّر على قوله هذا بين الاقتصار على البعض وبين ضمّ سورة اخرى معه ج قول من
منع الرابعة والخامسة كابن الجنيد فيجوز على قوله قراءة السورة كلها قال ابن الجنيد
لو قرأ بسورة من العزائم في النافلة سجد وان كان في فريضة اومأ فاذا فرغ قرأها
وسجد د قول من سلّم الاولى والرابعة والخامسة ومنع المقدمة الثانية كابن
ادريس فانه على قوله يحرم قراءة الكل ويجوز قراءة البعض مع سورة اخرى فقد
انحصرت اقوال الفقهاء هنا بالاستقراء في هذه الاقوال الاربعة واذا عرفت هذا
في صورة العمد فنقول في صورة النزاع وهو انه اذا قرأها ساهيا فاما ان لا يذكر
اصلا او يذكر بعد الركوع ولا شك في صحة الصلاة وكون القراءة صحيحة
لانها انما حرمت لاجل السجدة ومع النسيان لا تحرم فوريتها اما الاولى فقد نبه عليها
في رواية زرارة واما الثانية فالحكم فيها قسمان ا ان يذكر قبل تجاوز السجدة
فعلى قول من جعلها والذي للمصنف يجب العدول لانه لولاه لزم مخالفة احدى المقدمات
الخمس وهو محال وقد نبه عليه في رواية زرارة وعلى القول الاول من قول
مانعي احدى المقدمات الخمس يجوز ان يقتصر على قراءة ذلك البعض ولا يجب العدول
وعلى القول الثاني لا يجب العدول بل يجب الاتمام والايماء ثم يقرأها بعد الفراغ
ويسجد وهذه دقيقة وعلى القول الرابع يحرم الاتمام ويجب ان يقرأ سورة اخرى
لا على سبيل العدول وفيه دقيقة ب ان يذكر بعد تجاوز السجدة فلا يجب العدول
للاجزاء وعدم لزوم المحذور وهذا تحقيق هذا الموضع قال دام ظله ويستحب الجهر
بالبسملة في اول الحمد والسورة في الاخفاتية وبالقراءة مطلقا في الجمعة وظهرها
على رأي اقول اوجب ابو الصلاح الجهر بالبسملة في اولتي الظهر والعصر في الحمد
وابتداء السورة وذهب ابن البراج الى الوجوب فيما يخافت فيه لرواية نسبت الى ابي عبد الله عليه
السلام وقال المصنف يستحب للاصل واستحباب الجهر في القراءة في الجمعة
وظهرها قول الشيخ والمصنف لان ابا عبد الله عليه السلام سئل عن الرجل يصلي الجمعة
اربع ركعات ايجهر فيها فقال نعم ومنعه السيد المرتضى وابن ادريس في الظهر
لقول ابي عبد الله عليه السلام انما يجهر اذا كانت خطبة قال دام ظله وقراءة
الجمعة
وعلى القول الثالث مع

الحمد في اولتي ركعتي الزوال واول نوافل المغرب والليل والغداة اذا اصبح بها
والفجر والاحرام والطواف وفي ثوانيها بالتوحيد وروي العكس اقول سند
الاول رواه ابو محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن عبد الله بن المغيرة قال
حدثني معاذ بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال لا تدع ان تقرأ قل هو الله احد
وقل يا ايها الكافرون في سبعة مواطن في الركعتين قبل الفجر وركعتي الزوال وركعتين
بعد المغرب وركعتين من اول صلاة الليل وركعتي الاحرام والفجر اذا اصبحت بها
وركعتي الطواف قال دام ظله والذكر مطلقا يجزي على رأي اقول
هذا مذهب الشيخ في المبسوط وابن ادريس لان هشام بن الحكم وهشام بن سالم
سألا الصادق عليه السلام يجزي ان اقول في الركوع والسجود لا اله الا الله والله اكبر
فقال نعم هذا ذكر يعمل بالذكر وذهب السيد المرتضى والشيخ في الخلاف وابو
الصلاح والقاضي وسلار وابن حمزة وابن الجنيد الى تعيين التسبيح لقول ابي عبد
الله عليه السلام تقول في الركوع سبحان ربي العظيم وبحمده قال دام ظله
وجلسة الاستراحة على رأي اقول هذا هو المشهور للاصل واوجبها السيد
المرتضى لقول ابي عبد الله عليه السلام اذا رفعت رأسك من السجدة الثانية في الركعة
الاولى حين تريد ان تقوم فاستو جالسا ثم قم قال دام ظله ولو اسقط الواو
في الثاني او اكتفى بها او اضاف الآل او الرسول الى المضمر فالوجه الاجزاء اقول
وجه الاجزاء حصول المقصود معه ويحتمل عدمه اتباعا للصورة المنصوصة قال
دام ظله الاقوى عندي استحباب التسليم بعد التشهد اقول اوجبه السيد
المرتضى في المسائل الناصرية والمحمدية وابو الصلاح وسلار وابن عقيل [illegible]
بان التسليم واجب لقوله تعالى وسلموا تسليما ولا شيء من التسليم في غير الصلاة بواجب
فيجب التسليم في الصلاة وهو الصحيح عندي لقول النبي عليه السلام مفتاح
الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم وذلك يقتضي الحصر ولانه
عليه السلام كان يخرج من الصلاة به لا بغيره وذهب الشيخان والمصنف هنا
وابن ادريس والقاضي الى الاستحباب للاصل ولما رواه الشيخ في
الصحيح عن زرارة عن الباقر عليه السلام قال سألته عن رجل يصلي ثم يجلس
فيحدث قبل ان يسلم قال تمت صلاته

الفصل الثامن في التروك

قال دام ظله ويبطل بالحرف الواحد المفهم او الحرفين [illegible] عليه

نطقاً **اقول** بينا في الاوّل ان الاصل ودلالة مفهوم قولهم والكلام بحرفين ومن
حصول الافهام به فاشبه الكلام ولان الحرف لا دلالة له في نفسه اي اذا انفرد
لا ينكل فكلما اذا انفرد دل ليس بحرف حقيقة وفي الثاني من ان المدّة الف
او واو او ياء اذا كان ما قبلها متحركاً بحركة من جنسها ومن انه تولّد من
اشباع الحركة فلا تعد حرفاً وفي الثالث من انه مكلف بالصلاة الكلية لا بالجزئيات
المخصوصة والكلام منافيها والاكراه علما في الكلي انما يتحقق مع الاكراه على
الاتيان به في كل الجزئيات فاذا اكره على الاتيان به في جزئي لا بعينه وجب عليه
الاتيان بالكلي في الجزئي الآخر لانه مخير ان يأتي به من غير مناف فيبطل
هذه الصلاة ويجب عليه غيرها ولانه نادر فلا يكون عذراً اذ العذر ما يستلزم
الحرج المنفي بالآية ولا يتحقق في النادر ومن ان المنافي انما هو الكلام عامداً
مختاراً ولقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه والمراد
حصول الاكراه مع اتساع الوقت **قال** دام ظله ولو قال ادخلوها بسلام
آمنين على قصد القراءة جاز وان قصد التفهيم ولو لم يقصد سواه بطلت على
اشكال **اقول** بيننا من انه لا يخرج عن القرآن بالقصد ومن انه لم يقصد القرآن
فلا يكون قرآناً لتساوي الالفاظ ثم اختلف اصحاب ابي هاشم في ان القرآن هل
يخرج عن كونه قرآناً بالقصد الى الافهام كغيره بالاوّل فتبطل وبعضهم بالثاني
فلا تبطل واعلم ان هذا مبني على ان هذا المسموع هل هو عين ما اوجده الله تعالى
او حكاية عنه فابو علي وابو الهذيل على الاوّل والا لبطلت المعجزة لعدم تاتيها على
مثله وابو هاشم على الثاني لاستحالة بقاء الكلام **قال** دام ظله ولا الحقص
للرجل على قول **اقول** ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف الى التحريم لقول ابي عبد
الله عليه السلام وقد سئل عن رجل صلى الفريضة وهو معقوص الشعر يعيد صلوته
وقال ابو الصلاح وابن ادريس والمصنف بكراهته للاصل **الفصل الثالث**
في باقي الصلوات وفيه فصول **الاوّل** في الجمعة **قال** دام ظله ولا يشترط الحرية
على رأي **اقول** المفيد والشيخ في النهاية يشترط لانها من المناصب الجليلة
فلا يليق بحاله والمصنف والشيخ في المبسوط لا يشترط لقول
احدهما عليهما السلام لما سئل عن العبد يؤم القوم اذا رضوا به وكان اكثرهم
قراءة لا بأس **قال** دام ظله وفي الجذم والابرص والاعمى قولان **اقول**
السيد المرتضى وابو الصلاح والقاضي والشيخ في الخلاف
لا

لا يجوز امامة الاجذم والابرص لقول الصادق عليه السلام لا يؤمن الناس على كل
حال المجذوم والابرص الحديث وذهب السيد المرتضى في الانتصار الى الكراهية لقول ابي
عبد الله عليه السلام لما سئل عن المجذوم والابرص يؤمان الناس لا بأس وقال الشيخ
رحمه الله في الخلاف لا يجوز امامة الاعمى لانه غير متمكن من الاحتراز عن
النجاسات غالباً وربما انحرف عن القبلة وكرهها في المبسوط **قال** دام ظله وهل
يجوز في حال الغيبة والتمكن من الاجتماع بالشرائط الجمعة قولان **اقول** الشيخ
في النهاية وابو الصلاح والمصنف في المختلف يجوز لعموم الآية واذا دفع الوجوب بقي
الجواز وقال بوجوب الظهر لامتناع احداث الثالث وذهب السيد المرتضى في
المسائل الميافارقيات والشيخ في الخلاف وسلار وابن ادريس الى المنع لفقد
الشرط **قال** دام ظله ولو مات الامام بعد الدخول لم تبطل صلاة المتلبسين ويقدم
من يتم الجمعة وكذا لو احدث او اغمي عليه اما غيره فيصلي الظهر ويحتمل الدخول معهم
لانها جمعة مشروعة **اقول** وجه الاوّل ان احد الشرائط قد فات فلا يجوز
الدخول وجواز الاتمام للمتلبس للآية المقيدة في حق الغير **اقول** هذا اختيار السيد
المرتضى والمفيد وابن الجنيد وابن ابي عقيل وابي الصلاح وسلار وابن ادريس لعموم
الامر فيخرج الناقص عن الخمسة اجماعاً فبقي الباقي ولرواية منصور الصحيحة عن
ابي عبد الله عليه السلام انه قال يجمع القوم يوم الجمعة اذا كانوا خمسة فما زاد فان
كانوا اقل من خمسة فلا جمعة وقال الشيخ والقاضي وابن حمزة وابن زهرة يشترط سبعة
لقول ابي جعفر عليه السلام تجب الجمعة على سبعة نفر من المسلمين ولا تجب على اقل
منهم ويمنع صحة السند ولمعارضتها الاخبار السابقة فبقي عموم القرآن سالماً **قال**
دام ظله وفي انعقادها بالعبد اشكال **اقول** منشأوه اختلاف الاصحاب
وتعارض الادلة قال الشيخ في المبسوط وابن حمزة لا تنعقد قال لا لا تنعقد
بجملتهم منفردين كالاحاد وذهب الشيخ في الخلاف وابن ادريس الى
الانعقاد لعموم الامر وصحتها منه ولان المانع ليس الا حق المولى فاذا
اذن لم يمنع مانع ومنشأ الخلاف ان المعتبر في العدد ان كان اجتماع
من يصح منه فالعبد تنعقد به لصحتها منه وان كان اجتماع من هو اهل
التكليف بها فلا تنعقد به وكالعرف بينه وبين المريض ان المرض مانع الحكم اجماعاً
والرق مانع السبب كالانوثة **قال** دام ظله الخطبتان وفي تقديمهما قولان
اقول انه

الشمس لا قبله على رأي **اقول** ذهب الشيخ في النهاية والمبسوط وابن البراج الى ان
وقتها قبل الزوال بحيث تزول عند الفراغ منها وقال في الخلاف وقتها وقوف
الشمس واختاره ابن حمزة لقول ابي عبد الله عليه السلام كان رسول الله صلى الله عليه
وآله يصلي الجمعة حين تزول الشمس قدر شراك ويخطب في الظل الاول فيقول
جبرئيل عليه السلام يا محمد قد زالت فانزل فصل والرواية من الصحاح والجواب
المراد في الظل الاول بعد الزوال الشمس لان الاول من النسب والاضافات يختلف
بالخلاف المضاف اليه السيد المرتضى وابن ابي عقيل والمصنف وقتها بعد الزوال
لقوله تعالى اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله والفاء للتعقيب
والنداء الاذان وذكر الله هو الخطبة **قال** دام ظله ويجوز قراءة سورة خفيفة وقيل
يجزي الاية التامة الفائدة **اقول** الاول قول الشيخ في المبسوط والنهاية والاقتصاد
وابن حمزة والقاضي وابن زهرة والراوندي وابن ادريس لما رواه الشيخ في الموثق عن
سماعة قال قال ابو عبد الله عليه السلام ينبغي للامام الذي يخطب بالناس الى قوله ثم
يقرأ سورة من القرآن قصيرة ثم يجلس والظاهر من الركعتين والثاني قوله في الخلاف
وابن الجنيد للاصل ولرواية صفوان بن يحيى عن ابيه سمعت رسول الله صلى الله عليه
وآله يقرأ على المنبر ونادوا يا مالك ليقض علينا ربك قلنا المراد السورة وهذا
عادة عنه قالوا يلزم المجاز قلنا المجاز دفعا للتعارض والانه لم يتفق على الاقتصار
عليها ولم يشترط ابو الصلاح القرآن **قال** دام ظله والاقرب عدم اشتراط الطهارة
وعدم وجوب الاصغاء اليه والا فتحريم الكلام وليس مبطلا لو فعله **اقول**
اشترط الشيخ في الخلاف والمبسوط الطهارة لقول الصادق عليه السلام
وانما جعلت الجمعة ركعتين من اجل الخطبتين فهي صلاة حتى ينزل الامام
والاتحاد الحقيقي محال فيحمل على اقرب المجازات وهي المساواة في جميع الاحكام
الممكنة الا ما اخرجه النص وفيه نظر لاحتمال عود الضمير الى الجمعة وتعارض
القرب الوحدة قالوا قوله حتى غاية لقوله فهي صلاة فيفيد المعنى قلنا بل
هو غاية للخطبتين اي نهاية الخطبتين نزول الامام سلمنا لكن ليس
المراد الحقيقة الشرعية اجماعا بل المشابهة ويكفي فيها بعض الوجوه وحمله على
اشتراط الطهارة ليس اولى من الحرمة والثواب ولترجيح الحقيقة
اللغوية على المجاز الشرعي عند التعارض ومنعه المصنف وابن ادريس
للاصل

[illegible]
للاصل والاقوى عندي وجوب الطهارة وهو اختيار المصنف في منتهى المطلب
لان النبي صلى الله عليه وآله فعله في بيان الواجب وداوم عليه والتاسي واجب
واحتج بعضهم بوجوب الموالاة بين الخطبة والصلاة فلو لم يكن متطهرا لزم اهمال
الموالاة والصغرى لفعل النبي عليه السلام ومداومته عليه والكبرى بينة وفيه
نظر لانه لا يلزم منه الاشتراط في الخطبتين ولا وجوبه فيهما بل بالعرض والصغرى
في موضع المنع واوجب المفيد والشيخ في النهاية الاصغاء وحرم الكلام لتحصيل الفائدة
واختاره المرتضى والربعي وابن ادريس وابن حمزة وابو الصلاح لقول الصادق
عليه السلام فهي صلاة ولا يرد منع الكبرى ان كان الوسط اللغوي والصغرى ان كان
الشرعي وعدم اتحاد الوسط ان كان بالمعنيين فيهما لحمل على مجازه وهو المساواة
المذكورة والا لانتفى فائدة التخصيص بالخطبتين وقال في المبسوط يكره الكلام
ويستحب الانصات واختاره المصنف للاصل ولعدم انكاره عليه السلام على العامة
تبيين الساعة منكرا **قال** دام ظله ومع اشتباه السابق بعد تعيينه او لا
تعينه او اشتباه السبق الاجود اعادة جمعة وظهر في الاخير وظهر في الاولين
اقول اوجب الشيخ في الاولين اعادة جمعة لانا حكمنا بوجوب الاعادة عليهما
فكان المصر خاليا عن جمعة مستند المصنف انه لا بد صلى فيه جمعة صحيحة ولا تنعقد
فيه اخرى ووجوب الظهر لا لبطلانها بل لاشتباه من صحت جمعته واوجب الشيخ
في الثالث اعادة الجمعة خاصة لتردد كل منهما بين الصحة والبطلان مستند
المصنف احتمال سبق احديهما فيقع جمعتهم فيجب على الاخرى الظهر ولما لم يعلم
بعينه حكمنا بوجوب الظهر واحتمال الاقتران المبطل للجمعة فيجب جمعة
على الجميع وهو الانسب **قال** دام ظله وكلهم لو حضروا وجبت عليهم
وانعقدت بهم الا غير المكلف والمراة والعبد على رأي **اقول** الخلاف
في العبد والمراة والمسافر اما العبد فتقدم واما المراة فالمصنف
والشيخ في المبسوط اتفقا على عدم وجوبها عليها للاصل واوجبها في
النهاية عليها مع حضورها واختاره ابن ادريس لقول الصادق عليه
السلام وتجب للمراة والمسافر والعبد الا يأتوها فلما حضروها سقطت

الرخصة ولو فعلها الفرض واما المسافر فقد اختلفوا فيه ايضا فقال الشيخ في
الخلاف تنعقد به واختاره ابن ادريس وقال في المبسوط لا تنعقد واختاره
ابن حمزة واعلم ان الرواية المذكورة في طريقها حفص بن غياث وهو مجهول
وهي مرسلة قال دام ظله ويحرم البيع بعد الاذان وينعقد على راى اقول
الشيخ في المبسوط والخلاف لا ينعقد وابن الجنيد والمصنف ينعقد والماخذ دلالة
النهي في المعاملات على الفساد وعدمها قال دام ظله وكذا ما يشبه البيع على
اشكال اقول منشأه من اشتراكهما في العلة المومى اليها في النص ومن عدم
النص والاصل قال دام ظله ولو تعذر لحوق الامام راكعا في الثانية تابعه
ولو لحقه راكعا فالاقرب جلوسه حتى يسجد الامام ويسلم ثم ينهض الى الثانية
وله ان يعدل الى الانفراد وعلى التقديرين يلحق الجمعة اقول فيه ثلاثة اقوال
آ انه يسجد واجبا لانه يلزم مخالفة الامام في الافعال لتعذر المتابعة ب يتابع
الامام ويحذف ما فعل كمن تقدم الامام في ركوع او سجود سهوا لتحقق المتابعة
ج قول المصنف وهو الاقرب واما ادراك الجمعة هنا لان ما فعل من الافعال
متابعا غير مبطل للاتمام اياه لعدم تعين نية الانفراد بعد فراغ الامام من الركعة
الاولى في حكم المتابع لها واما ادراك الجمعة مع نية الانفراد فلانه ادرك الركوع
وكل من ادرك الركوع فقد ادرك الركعة وكل من ادرك الركعة فقد ادرك
الجمعة والمقدمتان تقدمتا قال دام ظله ولو لم يتمكن من السجود في الثانية
للامام ايضا حتى يفعل الامام التشهد فالاقوى فوات الجمعة وهل تنقلب نيته
الى الظهر او يستانف الاقرب الثاني اقول وجه قرب الفوات عدم ادراك
الركعة مع الامام فيكون كمن ادرك الامام وقد رفع راسه من ركوع الثانية
ويحتمل الادراك لان الشروط كلها مشروطة في الابتداء لا الاستدامة
ولقولهم من ادرك الركوع فقد ادرك الركعة وكل من ادرك الركعة ادرك
الجمعة فعلى الاول يحتمل ان تنقلب نيته الى الظهر لان الجمعة ظهر
مقصور لاتحاد وقتهما وتداركها بها ولجواز العدول الى السابقة
المغايرة فهنا اولى والاقرب الابطال لانها صلوة مباينة مخالفة في
الشرائط والاحكام ولان الاصل عدم جواز العدول الا فيما يستلزم تعيين
النية

النية المعتبرة في الصلاة المعينة عن تكبيرة الاحرام ولا ينقل عن الاصل الا بنص
وجوازه ثم لو ورد النص ولنا في وجوب الجمعة والظهر لا للاشتباه الفصل الثاني
في صلوة العيدين قال دام ظله والاقرب وجوب التكبيرات الزائدة والقنوت
بينها اقول هنا مسئلتان آ التكبيرات الزائدة في صلوة العيد وقد اختلف في وجوبه
اختاره المصنف والدي دام ظله والسيد المرتضى وابو الصلاح وابن الجنيد الى وجوبه
المشهور لدليل التاسي وللعرف وقوله عليه السلم صلوا كما رايتموني اصلي وقال الشيخ
في التهذيب انه سنة وفي اصطلاح الفقهاء السنة المندوب الذي واظب النبي عليه
السلم على فعله حجة الشيخ ما رواه زرارة في الصحيح ان عبد الملك بن اعين سال
ابا جعفر عليه السلم عن الصلاة في العيدين فقال الصلاة فيهما سواء يكبر الامام تكبيرة
الصلاة قائما كما يصنع في الفريضة ثم يزيد في الركعة الاولى ثلث تكبيرات وفي الاخرى
ثلثا سوى تكبيرة الصلاة والركوع والسجود وان شاء ثلاثا وخمسا وان شاء خمسا وسبعا
بعد ان يلحق ذلك الى وتر دلت هذه الرواية على عدم وجوب التسع خاصة ومن حيث
ان التخيير بين الزائد والناقص يقتضي عدم وجوب الزائد لجواز تركه لا الى بدل وقد
حقق في الاصول وكما لا يجب التسع لا يجب التكبير مطلقا لان الناس بين قائل
بوجوب التكبير والتسع وقائل بعدم وجوبهما فالقول الثالث عند الامامية باطل
والجواب حملها على التقية جمعا بين الاخبار فقد ورد في الصحيح من قول موسى
عليه السلم في بيان الواجب ثم يقوم فيقرأ ثم يكبر اربعا ثم يركع بالتكبيرة الخامسة الحديث
ويقول الباقر عليه السلم يكبر خمسا يقنت بينهن ووجه الجمع ما قلناه اذ بيان الواجب
لا يصح حمله على الندب ولا على التقية ب القنوت بين التكبير اختلف الفقهاء في
وجوبه فاختاره والدي المصنف وابن الجنيد وابو الصلاح الوجوب وذهب الشيخ في الخلاف
الى الاستحباب لنا على الوجوب فعل النبي صلى الله عليه وآله في بيان الواجب لما
نزل قوله تعالى فصل لربك وانحر وما يفعل في بيان الواجب واجب ولما صح من
قول العبد الصالح عليه السلم ويكبر خمسا ويدعوا بينها ثم يكبر اخرى ويركع بها
فذلك سبع تكبيرات بالتي افتتح بها ثم يكبر في الثانية خمسا يقوم فيقرا ثم يكبر اربعا
ويدعوا بينهن ثم يركع بالتكبيرة الخامسة والامر للوجوب قال دام ظله

ولو ادرك الامام راكعًا تابعه وسقط التكبير وكذا تسقط الفاتحة لو ادرك
البعض ويحتمل التكبير ولا من غير قنوت ان امكن **اقول** وجه الاول انه يسقط
القراة والقنوت فكذا التكبير ووجه الثاني ان كل واحد من هذه واجب بانفراده وسقوط
احد الواجبين لا يستلزم سقوط الآخر ولانه ادرك محله والاصل عدم السقوط
وهذا اختيار الشيخ في المبسوط **قال** دام ظله واقل ما يكون من فرض العيد
ثلاثة امثاله كالجمعة على اشكال **اقول** منشاه من قولهم شرائط العيد شرائط
الجمعة ومن عدم النص عليه حيث عدوا شرائط العيد والاصل وفعل الفقهاء
ويبتني هذه المسئلة على ان المسافة هل هي شرط في الجمعة او واجبة **الفصل الثالث**
الكسوف **قال** دام ظله ولو ادرك الامام في ركعات الاولى فالوجه الصبر
حتى يبتدي بالثانية ويحتمل المتابعة فلا يتحد مع الامام فاذا انتهى الى الخامس بالنسبة
اليه سجد **اقول** وجه الاول انه ان ترك الركوع لم تصح صلوته لانه ركن فلا
يسقط بفواته مع الامام كغيره ولان الامام لا يتحمل شيئا سوى القراة وان لم يترك
فان تابع الامام في السجود لزم زيادة ركن وهو مبطل والا لزم ترك متابعة
الامام وهو ضد ما تقتضي الامامة ولانه قد فاته من الركعة ركوع فاشبه
ما لو فاته الركوع من غير هذه الصلاة لعموم قول ابي عبد الله عليه السلم اذا ادركت
الامام وقد ركع فكبرت وركعت قبل ان يرفع راسه فقد ادركت وان
رفع الامام راسه قبل ان يركع فقد فاتتك الركعة ولما صح من قول ابي
جعفر عليه السلم لا تعتد بالركعة التي لم تشهد تكبيرها مع الامام ووجه الثاني
تحصيل فضيلة الجماعة في بعض الصلاة وجاز ترك المتابعة في مواضع فليجز هنا
للضرورة **قال** دام ظله ولو قصر زمان الموقت عن الواجب سقطت فلو
اشتغل احد المكلفين في الابتدا وخرج الوقت وقد اكمل ركعة فالاقرب عدم وجوب
الاتمام **اقول** وجه القرب انه يستحيل ان يكلف بالعبادة في وقت قاصر عنها
ويحتمل وجوبه لقوله عليه السلم من ادرك ركعة من الصلاة فقد ادرك
الصلاة ولقوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم **الفصل الرابع** في صلاة النذر
قال دام ظله ولو اوقعها في غير ذلك المكان فكذلك الا ان يخلو المقيد
عن المزية فالوجه الاجزاء **اقول** وجه الاجزاء ان المنذور لا ينعقد الا
مع رجحان ورجحان المكان هو المزية فاذا انتفت لم يلزم التقيد بالمكان ويصح
نذر فعل الطاعة مطلقا ويحتمل التعين لان المكان من جملة مشخصات الاكوان
ويختلف بالحيثيات فاذا صلى في غيره لم يات بالمنذور ويبقى في عهدة
التكليف والتحقيق ان نقول المكان ان وجبت الصلاة فيه كالمقام
او كانت فيه افضل من كل الامكنة تعين بالنذر اجماعا وان حرم ايقاعها
فيه او كره لم ينعقد الوصف اجماعا وغير ذلك ان خلا عن المزية فالوجهان وان
اشتمل على مزية لم يجز عنه الاقل وهل يجزي الاكثر او المساوي يأتي البحث فيه
ويتفرع على ذلك مسئلتان **ا** لو عين وقتا مكررا ففي تعينه بالنذر اجماعا
وفي المكان لا وا الفرق دقيق **ب** حكم اهمال قيد الزمان والمكان مع لزومه
بالنذر عند اختيارنا فالبحث هنا في مقامين عاذا تحقق اهمال القيد وذلك الاصل
وجوب القضاء ووجوب الكفارة اما **ا** فيفعله في غيره مع مراعاة جميع
ما يشتمل عليه الاصل من الصفات الا القيد مع الترك في ذلك الزمان او المكان
ثم تعذر الاتيان به فيه فبهذه القيود الثلاثة تحقق اهمال القيد ولذلك فرض المصنف
فعله في غيره واما **ب** فيكون ذلك الترك ليس لعذر شرعي مسقط بل يكون عمدًا
اختيارا ويكون ذلك الترك مستلزما للتعذر المذكور وانما قلنا يكون ذلك
الترك مستلزما للتعذر المذكور ليخرج الموسع فانه اذا ترك في اول الوقت ولم يطن
التضيق لا يدخل في هذا الحكم ويكون هذا القيد نصا باختياره واذا كان
كذلك وجبت كفارة النذر والقضاء وهذا العذر على الفقيه واما بيان
كيفية كون ذلك الترك مستلزما لتعذر الاتيان بالفعل في ذلك الزمان او
المكان فليس على الفقيه بل على المتكلم والاصولي وان ذكره الفقيه في علمه
كان مقدمة لا مسئلة ويكون متبرعا ومدخلا في علمه ما ليس منه للتتمة بنفحه
فلذلك بينه المصنف فقال ان لم يتكرر لك الزمان معناه انه لو نذر في زمان
معين مشخص لا يتكرر مثل هذه الجمعة او هذا اليوم او غدا فاذا ترك في
هذا اليوم حتى خرج وفعله في غيره ولم يقصد القضاء فانه يتحقق الاهمال
بالعذر شرعي فيمتنع تعذر الاتيان به فيه فيتحقق مناط القضاء والكفارة
اما لو تكرر كما لو قال اصلي ركعتين يوم الجمعة ولم يقصد جمعة معينة فانه

لا يتحقق وجوب القضاء والكفارة لان الزمان الصالح للايقاع المقيد بالنذر
كلي يكون كالموسع وهو مسئلة من الاصول ولا يتحقق العدم في الكلي الا بالعدم في جميع
جزئياته وهو مسئلة من علم الكلام فلا يتحقق الحنث الا اذا ظن الموت نعم لو انفصل
في جمعة ما مثلا في آخر وقتها فانه يتحقق الحنث قطعا ويجب عليه الكفارة
واما المكان فانما يتحقق اهمال القيد فيه باحد امرين اما بان يعين الزمان
بحيث لا يتكرر كان يقول اصلي في هذه الجمعة في هذا المسجد ركعتين فيصليها
في غيره ويفوت الزمان المعين ولم يفعلها في المسجد المعين مع النذر
واما بان لا يعين الزمان لكن اذا قدر على فعلها في المنذور وعلم انه ان لم يفعلها
في المسجد في ذلك الوقت امتنع عادة منه فعلها فيه فيترك فعلها لا لعذر شرعي
يتحقق الحنث ولنرجع الى تفسير المتن فنقول قوله ولو اوقعها
في غير ذلك المكان فكذلك اشارة الى انه اذا فعلها في غير ذلك المكان ولم
يفعلها فيه ولم يتكرر الزمان الصالح لايقاعها بحسب النذر كما لو عين الزمان
بهذه الجمعة والمكان بهذا المسجد فانه لا يجزي ويجب عليه القضاء والكفارة
وان يكون الزمان الصالح لايقاعها فيه كل جمعة مطلقا مثلا او لم يذكر
زمانا فانه لا يتحقق بفعلها في غيره وتركها فيه الحنث الا كما ذكرناه اولا
وهذا فرع من حكم الزمان بل هو نفسه ونبه عليه بصفة اخرى وهي الفعل في
المكان وفي قوله فكذلك اشارة الى ان المكان في ذلك تابع للزمان فلذلك
قدم الزمان وعطف عليه حكم المكان ويتفرع على ذلك انه اما ان
يعين الزمان والمكان او يطلقهما او يعين الزمان دون المكان او بالعكس
فالاقسام اربعة آ ان يعين الزمان وحكمه ما تقدم ب ان يعين المكان
لا الزمان وحكمه ما ذكرناه ج ان يعينهما وقد مضى حكمه د ان يطلقهما
فاذا ظن التضيق واهمل لا لعذر شرعي وصدق ظنه وجب القضاء والكفارة
واما لو لم يظن التضيق واخر عن اول اوقات الامكان حتى تعذر فالاقوى عدم
وجوب الكفارة واعلم ان قوله ولو اوقعها في غير ذلك الزمان وكذا قوله
في غير ذلك المكان المعين يرجع الى الصلاة التي نوى بها المنذورة اتفق
ان وقع المنذورة في نيته لان الفعل نفس المنذورة في غير الزمان او المكان
المعين في نذره لا يتصور الاتحاد هنا بحسب الصنف وانما طولنا
الكلام

الكلام في هذه المسئلة لانها من علوم ثلثة علم الفقه والكلام والاصول
قال دام ظله ولو فعل فيما هو ازيد مزية ففي الاجزاء نظر اقول منشأ
من ان ذا المزية بالنسبة الى الازيد مزية كالافراد له ولان التعيين لا مدخل
له في صحة النذر بل للمزية فاذا وجدت صح المنذور ومن وجود المقتضي
وهو النذر والمزية وارتفاع المانع لان الاصل عدمه فتعين ويتفرع
المساوي واحتمال الجواز فيه اضعف من الازيد قال دام ظله والاقرب
وجوب التسليم بين كل ركعتين اقول وجه القرب ان الاطلاق يحمل على الاغلب
والاغلب في المندوب التسليم بين كل ركعتين ويحتمل عدم الوجوب للاصل والنذر
يتأدى بعدد مخصوص وهو اعم من ان يكون كل ركعتين عقيبهما التسليم او
لا والعام لا دلالة له على الخاص وتصح الاتيان بالاكثر في تسليمة واحدة
على الاقوى فلا مانع قال دام ظله ولو شرط خمسا ففي انعقاده نظر اقول
ينشأ من ان النافلة غير الوتر انه لا ينحصر في عدد ووجوب التسليم لا دليل
عليه والاصل عدمه ومن انه لم يتعبد الشارع بمثله والتحقيق ان يقال
ان هذا النظر ينبني على مسئلتين آ انه هل يجوز فعل الخمس والازيد بتسليمة واحدة
ام لا اشكال ينشأ من عدم تعبد الشارع بمثله ولم ينقل عن النبي عليه السلم
ولا عن احد من الائمة فعله عليهم السلم ومن عدم انحصار النافلة في عدد كما تقدم
ب على تقدير جوازه هل يتعين بالنذر ام لا يحتمل عدمه لان هذه الهيئة ليست
بواجبة ولا مندوب بها وكل ما يتعين بالنذر فهو واجب او مندوب فهذه الهيئة لا
تتعين بالنذر ومن حيث ان الصلوة عبادة فيصح نذرها وهي تتخصص بالهيئات
والعوارض من جملة مخصصاتها فاذا اتى بغيرها فقد اتى بغير المنذور والاقوى
عندي انه لا يلزم فيه التسليم بعد العدد الزايد على ما اتى به ان اتى به في
صلاة ما ولا تبطل نذرا اصل الصلوة بل يصح ويتخير في التسليم عقيب الركعات
قال دام ظله ولو اطلق ففي اجزاء الواحدة اشكال اقرب ذلك اقول
ينشأ من انه هل يصدق عليها اسم الصلوة حقيقة ام لا والاقوى ذلك لانه
يصدق على الوتر اسم الصلاة الشرعية حقيقة لا لخصوصية واللفظ
المشكك او المتواطي بين القليل والكثير يحمل على اقل المراتب لاصالة براءة

الدقة من الزايد يحتمل ان يقال لا بد منها لو كفى لانه الغالب والالفاظ اذا
اطلقت انما تحمل على الغالب لا على النادر والثاني مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف
قال دام ظله ولو نذر النافلة اليومية فالوجه الانعقاد اقول قيل لا ينعقد نذر
الواجب لانه اما ان يفيد النذر الوجوب اولا والثاني هو معنى البطلان لان
النذر سبب فاذا لم يترتب عليه اثره بطل والاول ان افاد الوجوب الحاصل
لزم تحصيل الحاصل وان افاد وجوبا آخر لزم اجتماع الامثال ولانه معنى الوجوب
ترتب استحقاق المدح والثواب على الفعل والذم والعقاب على الترك ولا يعقل
فيما نحن فيه زيادة المدح والثواب لا يدل على زيادة الوجوب لان المراد المطلق
ولان الوجوب هو الترجيح المانع من النقيض ولا يعقل فيه التزايد وقيل ينعقد
للاصل والنذر يجلي انه من الاسباب لكن الاسباب الشرعية معرفات فيجوز
ان يجتمع على المسبب الواحد اسباب كثيرة لكن ولا يستلزم تحصيل الحاصل ولا
البطلان ولا اجتماع الامثال والى الاول مال الشيخ وابن ادريس لا انه
لا فايدة في النذر لان الوجوب معلوم قبله فلا يصلح للتعريف ولا التاثير لانا نقول
فايدته وجوب الكفارة فيكون المكلف معه اقرب الى فعل الواجب لا اصل احترازا
عن الكفارة ولا بأس له في اصل الوجوب بل يقرب المكلف وزيادة دواعيه
وهو الاقوى عندي قال دام ظله او مستدبرا ان لم يوجب القيد اقول
معناه ان وجب الاستقبال في النافلة تبطل نذرها مستدبرا لانه قصد نذره
تبطل الصلاة فيبطل النذر وان لم يوجب الاستقبال انعقد نذر الصلاة
مطلقا دون القيد ويحتمل قوله ان يجب اي يشترط الاستقبال والحق
عندي انه لا يصح لان الاستقبال شرط في كل صلوة اختيارية لقوله عليه
السلم صلوا كما رأيتموني اصلي ولم يصل النافلة الا مستقبلا المقصد الرابع
في التوابع قال دام ظله او شك في ركوعه وهو قائم فركع فذكر قبل انتصابه
انه كان قد ركع على راي اقول الذي اختاره المصنف هنا بطلان
الصلاة وهو الظاهر من كلام ابن ابي عقيل وقال الشيخ والسيد المرتضى
وابو الصلاح وابن ادريس انه يرسل نفسه والاقوى الاول لانه زاد ركوعا
وكل من زاد ركوعا بطلت صلوته اما المقدمة الاولى فلان الركوع اسم
وضع

وضع للانحناء حقيقة وقد حصل ورفع الراس ليس جزء منه ولهذا يقال رفع راسه
من الركوع واما المقدمة الثانية فبالاجماع احتج الاخرون بان الانحناء
قدر مشترك فيه والركوع ليس بمشترك فيلزم ان لا يكون الانحناء هو الركوع
والجواب انه يتميز بالنية فالمنع في الصغرى قال دام ظله الثاني
ما لا يجب معه شيء وهو نسيان قراءة الحمد حتى قرأ السورة فانه يستانف الحمد و
يعيدها او غيرها او نسيان الركوع ثم ذكر قبل السجود فانه يقوم ويركع ثم يسجد
ونسيان السجدتين او احديهما او التشهد ثم يذكر قبل الركوع فانه يقعد
ويفعل ما نسيه ثم يقوم فيقرأ ويقضي بعد التسليم الصلاة على النبي وآله عليهم السلم
لو نسيها ثم ذكر بعد التسليم وقيل بوجوب سجدتي السهو في هذه المواضع
ايضا وهو الاقوى عندي اقول اوجب المفيد سجدتي السهو في ثلاثة مواضع
خاصة نسيان السجدة والتشهد حتى يفوت محلهما والكلام ناسيا واوجبهما
السيد المرتضى في ستة مواضع الثلاثة الاول والقيام حال القعود وعكسه
والشك بين الاربع والخمس وخص ابو جعفر بن بابويه وجوبهما في القيام حال
القعود وعكسه وترك التشهد ناسيا والشك في الزيادة والنقيصة واوجبهما
سلار في نسيان السجدة والتشهد والكلام ناسيا والقعود في حال القيام وعكسه
وزاد الشيخ في الخلاف التسليم في غير موضعه قيل ويدخل في الكلام وفيه
نظر لانه قصد به قطع الصلاة بخلاف الكلام ناسيا وفي المبسوط الشك بين
الاربع والخمس واسقط التشهد في الجمل واوجبهما المصنف وابن بابويه في
كل زيادة ونقيصة تبطلان عمدا ولا تبطلان سهوا لقول ابي عبد الله عليه السلم
تسجد سجدتي السهو في كل زيادة تدخل او نقصان وهذا عندي هو الصحيح
قال دام ظله ويشترط عدم تخلل الحدث على راي اقول هذا مذهب
المفيد لانه في معرض التمام لقول الصادق عليه السلم ان كان قد صلى ركعتين
كانت هاتان تمام الاربع وان تكلم فليسجد سجدتي السهو وعن الصادق عليه السلم
اذا لم تدر اربعا صليت ام ركعتين فقم واركع ركعتين والفاء للتعقيب
قيل يحتمل ان يكون التعقيب لوجوب القيام لا له قلنا جعل القيام جزءا
يقتضي تعقيبه فعله بالشرط ومنعه ابن ادريس واعلم ان معنى هذه الجملة

ان الاحتياط هل هو جزء او صلاة برأسه احتمال قوّاها اهل العلم فيه في بلابه آ
انه صلاة برأسه وهو اختيار ابن ادريس وجماعة لوجوب النية وتكبيرة الاحرام
ولا شيء من الجزء كذلك ب انه تمام للحدث المتقدم وهو مذهب لجواز ارادة المجاز
ج انه تمام من وجه وصلاة منفردة من وجه وهو اختيار والدي المصنف ذكره
في مسائل جمعها ابنه له ذلك وهو الاقوى قال دام ظله وفي السجدة المنسية
او التشهد او الصلاة على النبي وآله عليهم السلم اشكال اقول للاشكال في تخلل
الحدث فقط ومنشأه انه هل هو تمام لتلك الصلاة او هو قضاء لما فات وهو فعل
برأسه منفرد عن الصلاة يحتمل الاول لانه انما وجب لكونه جزءا ويحتمل الثاني لانه وقع بعده
في غير محله ولانه لو لم يذكر السجدة لصحت صلاته ولانه وقع بعد التسليم ولا شيء من اجزاء
الصلاة كذلك لانه بالتسليم يخرج عن الصلاة فهو نهاية الصلاة فعلى الاول تبطل لانه
تخلل الحدث في اثناء الصلاة وعلى الثاني لا وهو الاصح وعلى القول باشتراط عدم
التخلل المراد به بعد ذكرها قبل مضي زمان يخرج به عن كونه مصليا فلو لم يذكرها
حتى تخلل حدث او مضي زمان يخرج به عن كونه مصليا او خروج الوقت فانها تخرج
عن كونها جزءا ولا تبطل بذلك الصلاة وان تخلل الحدث وتصير الجزء قضاء يترتب
على الفوات كما ذكره المصنف فيما ياتي به قال دام ظله وفي اشتراط الطهارة
والاستقبال والذكر وهو بسم الله وبالله اللهم صل على محمد وآل محمد والسلام
عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته نظر اقول القائل بوقوعهما في الصلاة يشترط
الطهارة والاستقبال والثاني تردد فيهما للاصالة البراءة وقول علي عليه السلم
سجدتا السهو بعد التسليم وقبل الكلام فالحدث اولى ولانهما سجدتان واجبتان
مكملتان للصلاة التي يشترط فيها الطهارة فالمكمل اولى من المكمل فاشترط
فيهما الطهارة اما الاولى فلانها جبر للصلاة واما الثانية فلانه اعطاها واشترط
فيهما ما يشترط في سجود الصلاة واما الذكر فاوجبه ابن بابويه في المقنع والمفيد
لرواية عبيد الله الحلبي الصحيحة قال سمعت ابا عبد الله عليه السلم يقول في سجدتي
السهو بسم الله وبالله وصلى الله على محمد وآل محمد وسمعته مرة اخرى يقول بسم الله
وبالله السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته ورجحها ابن سعيد باسمائها
على سهو الامام ولبس بحيث اذ مراده الاحتياط لانه بها واستحبه احوط للاصل
قال

قال دام ظله تحله بعد التسليم للزيادة كان او للنقصان على رأي اقول
هذا مذهب الشيخ في المبسوط والسيد المرتضى والمفيد وعلي بن بابويه وابن ابي عقيل
لقول علي عليه السلم سجدتا السهو بعد التسليم ولانه فعل كثير ليس منها ولرواية
عبد الرحمن بن الحجاج الصحيحة عن ابي عبد الله عليه السلم في حديث طويل فقلت
سجدتا السهو قبل التسليم هما او بعد قال بعد لا يقال وقع جوابا
عمن تكلم في الصلاة ناسيا وهو زيادة لانا نقول العبرة بعموم اللفظ لا
بخصوص السبب ابن الجنيد ان كانا للزيادة فهما بعد التسليم والا قبله لقول
الرضا عليه السلم في سجدتي السهو اذا نقصت قبل التسليم واذا زدت فبعده والاولى
عندي انه بعد التسليم للزيادة كان او للنقصان قال دام ظله لا تداخل
في السهو وان اتفق الجنس على رأي اقول ذهب الشيخ في المبسوط الى التداخل
مطلقا لتعلق وجوبها بعلل السهو من حيث هو هو ولان المعلق على شرط او صفة
لا يتكرر بتكررهما وذهب ابن ادريس الى التداخل في المتفق لا المختلف والمصنف
لان كل واحد سبب تام مع الانفراد وكذا مع الاجتماع لانه لا يخرج الحقيقة عن مقتضاها
والاستلزام التداخل خرقا للاجماع او تخلف المعلول عن علته التامة لغير مانع او
تعدد العلل التامة مع تشخص المعلول او الترجيح من غير مرجح او عدم تساوي
المتساويات في اللوازم والكل محال والتحقيق ان هذا الخلاف يرجع الى
ان الاسباب الشرعية هل هي مؤثرة او علامات

الفصل الثاني في القضاء

قال دام ظله وهل تتعين الفاتحة مع السجدة قولان اقول كلام ظله هنا على
تتعين الشيخان والسيد المرتضى وابن الجنيد تتعين لقوله عليه السلم من نام عن صلاة او
نسيها فليقضها اذا ذكرها والفاء للتعقيب على حسب الممكن ولقوله
عليه السلم لا صلاة لمن عليه صلاة والمراد نفي الصحة لما تقرر في الاصول وهو عام لما
تقرر في الاصول من ان النكرة المنفية للعموم وقال ابنا بابويه والمصنف
لا تتعين لقوله تعالى اقم الصلاة لدلوك الشمس الى غسق الليل والمراد اليومية
اجماعا وهو عام في المكلفين اجماعا والوقت لصحة الاستثناء والاستلزام
التعيين التكليف بالمحال وهو محال ولما صح من قول الصادق عليه السلم ان نام رجل
ولم يصل صلاة المغرب والعشاء الاخرة فان استيقظ قبل الفجر
قبل ان يصليهما كلتيهما فليصلهما وان خاف ان تفوته احديهما فليبدا بالعشاء

الا دليل خارج وليس هو

فليصلّ الصبح ثم المغرب ثم العشاء قبل طلوع الشمس لاستلزام الترتيب جواز كون
الصلاة قبل وقتها اذ تكرار ما ثبت تحققه والاقوى عندي عدم وجوب
تقديم الفائتة على الحاضرة مطلقاً وان كانت من يومها قال دام ظله ولو تضيّق
الحاضرة في اول الوقت فذكر الفائتة عدل بنيته ان امكن استحباباً عندنا ووجوباً
عند آخرين اقول هذا فرع على وجوب تقديم الفائتة على الحاضرة مع سعة الوقت
او استحبابه فعلى قول المصنف باستحباب التقديم يستحب العدول وعلى القول
بوجوب التقديم يجب العدول قال دام ظله ولو نسي الترتيب ففي سقوطه نظر
اقول المسألة لو نسي ترتيب الفوائت ومنشأ النظر من تمكنه منه ومن استحالة
تكليف الغافل والاصح عندي سقوطه لاستلزامه الحرج المنفي بقوله تعالى
ما جعل عليكم في الدين من حرج والاصل فيه ان التعيين في النية هل هو شرط مطلقاً
او مع الذكر فقيل بالاول لان النية للتمييز وقيل بالثاني لاستحالة التكليف بالمحال
وارتفاعه بالحرج الفصل الثالث في الجماعة قال دام ظله وفي اشتراط
الحرية قولان اقول اشترطها الشيخ وابن البراج اذا أمّ غير مواليه واجازها
ابن الجنيد وابن ادريس مطلقاً وكرهها ابو الصلاح والاقوى عندي الجواز مطلقاً
لقوله عليه السلام يؤمكم اقرؤكم ولرواية محمد بن مسلم الصحيحة عن احدهما عليهما السلام
انه سئل عن العبد يؤم القوم اذا رضوا به وكان اكثرهم قراءة قال لا بأس وترك
الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال يدل على عموم المقال احتج
المخالف بقوله عليه السلام لا يؤم العبد الا اهله وفي السند ضعف قال دام ظله
ولا تجوز امامة الصغير وان كان مميزاً على رأي الا في النفل اقول هذا مذهب
الشيخ في النهاية وابن البراج لانه ليس من اهل التكليف فلا يقع منه الفعل طاعة
لانها امتثال الامر ولاشتراط العدالة وهي غير متحققة في الصبي لانها كيفية قائمة
بالنفس تبعث على ملازمة الطاعات والانتهاء عن المحرمات وكل ذلك فرع التكليف
ولعلمه بعدم مؤاخذته بشيء من افعاله ولقول علي عليه السلام لا امام حتى يحتلم وجوّز
في المبسوط والخلاف امامة المراهق المميز والاقوى تفصيل ابن الجنيد وهو انه ان
كان اماماً او نائبه صحت امامته والا فلا قال دام ظله وتقف الخنثى خلف الرجل
والمرأة خلف الخنثى استحباباً على رأي اقول هذا مذهب المرتضى وابن ادريس
واوجبه

واوجبه الشيخان وابن حمزة والاصل فيه ان تقدم المرأة على الرجل ومحاذاتها
جانبه هل هو مبطل او لا مع ان ابن حمزة ذهب الى تحريم تقدم المرأة او محاذاتها
للرجل في صلوة صحيحة لولاها بالحائل او بعشرة اذرع وجوز في الخنثى
ذلك لان المانع الانوثة ولم يعلم والاصل عدم المانع مع قيام المقتضي قال
دام ظله ولو صلينا داخل الكعبة او خارجها مشاهدين لها فالاقرب وجوب
اتحاد الجهة اقول وجه القرب دلالة قوله عليه السلام انما جعل الامام
اماماً ليؤتم به على وجوب المتابعة في جميع الاحوال ويحتمل الجواز لان كلا
منهما صلى الى ما يصح الاستقبال اليه فلا مانع من الائتمام ويظهر من كلام
ابن الجنيد الجواز قال دام ظله ولو ادركه رافعاً من الركوع تابعه
في السجود فاذا سلم استأنف بتكبيرة الافتتاح على رأي اقول ذهب الشيخ
الى عدم الاستئناف لقول الصادق عليه السلام اذا سبقك الامام بركعة
فادركته وقد رفع رأسه فاسجد معه ولا تعتد بها ورده المصنف بانه زيادة
ركن فيبطل ولرواية محمد بن مسلم الصحيحة عن الباقر عليه السلام انه قال ان لم
تدرك القوم قبل ان يكبر الامام للركعة فلا تدخل معهم في تلك الركعة والحق
عندي اختيار المصنف قال دام ظله وفي ادراك فضيلة الجماعة في هذه نظر
اقول ينشأ من انه لولاه لانتفت فائدة المتابعة ولرواية محمد بن مسلم الصحيحة
انه قال اذا ادرك الامام وهو في سجدة الاخيرة من صلوته فهو مدرك لفضل
الصلاة مع الامام ومن عدم الاقتداء في صلوة وهذا لا يصح لان التابع لم يعتد
بشيء من اجزاء الصلاة منفرداً عن الكل قال دام ظله والاقرب عدم جواز
تجديد الائتمام للمنفرد اقول وجه القرب عدم ورود مثل هذه الصلوة
مع ان كيفيات الصلوة متلقاة من الشارع وللنص على ابطال الصلاة للمنفرد
او جعلها نافلة اذا حضر الامام فلو جاز الائتمام في اثنائها لكان اولى ولوجوب
كل اجزاء الصلاة بتكبيرة الاحرام فيجب القراءة في كل ركعة ونية الجماعة
ان لم تسقطها لم تجزئ اجماعاً وان اسقطتها كانت منافية للصلاة التي وجبت
فلم تجز ويحتمل الجواز وهو قول الشيخ في الخلاف محتجاً باجماع الفرقة
وهو ممنوع والاقوى عندي انه لا يصح قال دام ظله ومنع امامة

المخيّر في حالات القيام للاعلى كالمضطجع للقاعد ومنع امامة العاجز عن ركن للقادر عليه **اقول** وجه القرب ان نسبة الاستلقاء الى الاضطجاع والاضطجاع الى القعود والقعود الى القيام واحد والاخير ممنوع عنه اجماعا مضافا لقوله عليه السلم لا يأمّن احد بعدي جالسا فكذا ما يساويه وجوّز الشيخ رحمه الله ذلك اقتصارا بالمنع على موضع النص ولانحطاط كل من الحالات عن الحالة التي قبلها فجاز الاقتداء به في تلك الحال والجواز امامة العاجز عن ركن للقادر عليه لعدم توافق نظم الصلاتين ويحتمل الجواز لانها صلاة مشروعة صحيحة فجاز الاقتداء فيها والاصح عندي انه كلما اشتملت صلاة الامام على نقص في ترك واجب او فعل محرم لسبب اقتضاها وخلت صلاة المأموم من ذلك السبب لم يجز الايتمام من راس لان للايتمام هيئة اجتماعية تقتضي ان تكون الصلاة مشتركة بين الامام والمأموم وان صلاة الامام هي الاصل وهذا متفق عليه **قال دام ظله** والاقرب وجوب الايتمام على الامي بالعارف **اقول** وجه القرب عكنه من الاتيان بصلوة صحيحة القراءة فيجب ويحتمل عدمه لعموم نصيّن احدهما صلى بما يحسن مع عدم التمكن من العلم والثاني ندبية الجماعة في غير الجمعة والعيدين والاول اقوى لانه يقوم مقام القراءة اختيارا فمع الضرورة يتعين لان كل بدل اختيارى يجب عينا عند تعذر مبدله وقد بينت ذلك في الاصول ويحتمل العدم لان قراءة الامام مسقطة لوجوب القراءة على المأموم وتسقط ايضا بعدم القدرة فاذا وجد احد المسقطين للوجوب انتفى الاخر اذ المقدر ان كل واحد منهما سبب تام فالمنشأ ان قراءة الامام هل هي بدل ام مسقطة والاقوى عندي انها بدل **قال دام ظله** وعدم الاكتفاء بالايتمام مع امكان التعلم **اقول** وجه القرب عموم الامر بالتعلم وبالقراءة وجواز تعذره ويحتمل الاكتفاء بالايتمام مع امكان التعلم **اقول** وجه القرب عموم المسقوط وجوب القراءة والاصح عندي وجوب التعلم وما يكفي الايتمام لا بمعنى انه لا تجزى في الصلاة بل يصح صلوته ويترك التكليف بالصلاة بفعلها مؤتما ولكن يأثم بترك التعلم وهذا هو مراد المصنف من قوله وعدم الاكتفاء **قال** دام ظله لو جهلت الامة عتقها فصلت بغير خمار جاز للعالم به الايتمام بها **اقول** يحتمل على ما ذكرناه في الضابط المتقدم وهو كلما اشتملت الصلاة على رخصة من ترك واجب او فعل محرم الى اخره انه لا يصح للعالم بعتقها الايتمام لانها انما جازت صلوة الامة بغير خمار لعدم علمها بالعتق ولم يتحقق في حق العالم به ويحتمل ان يقال بالصحة لان ذلك ليس رخصة

لان الرخصة ما هو جائز فعله مع قيام المقتضي للمنع وهو العلم بعتقها اذ يتحمل تكليف الغافل والتعيين ما قاله المصنف وهو انه لو وجبت الاعادة في الوقت لم يجز الاقتداء لمنع من الرخصة اذ مع الرخصة الحكم بوجوب الاعادة مع تجدد العلم بالوقت في الوقت

وفي استحبابه على العالم بنجاسة ثوب الامام نظر اقربه ذلك ان اوجبنا الاعادة مع تجدد العلم في الوقت **اقول** وجه القرب ان صلاة صحيحة بالنسبة الى فصح للايتمام بها ويحتمل عدمه لان صلاة الامام انما صحت للجهل المنتفي في حق المأموم اما اذا اوجبنا الاعادة فلا يصح قطعا وقد بينا المختار عندنا في الضابط المتقدم

الفصل الرابع في صلاة الخوف **قال** دام ظله صلاة الخوف مقصورة سفرا وحضرا جماعة صليت او فرادى على راى **اقول** هذا مذهب ابن الجنيد وابي الصلاح وابن زهرة والشيخ في الجمل والخلاف والسيد المرتضى في الجمل والمفيد وابن ابي عقيل وابن البراج وابن ادريس وابن حمزة وهو الاقوى عندي لقوله تعالى ليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة ان خفتم ان يفتنكم الذين كفروا وليس السفر والخوف شرطين على الجمع اجماعا ولفعل النبي عليه السلم فانه قصر سفرا مع زوال الخوف وليس احدهما بعينه شرطا في الاخر دون العكس لاستحالة الترجيح من غير مرجح ولان اشتراط السفر بالخوف يبطله الاجماع وعكسه ينفي سببية الخوف ولاستحالة ان يكون السبب التام شرطا في سببية اخر فكل واحد بانفراده سبب تام في وجوب التقصير ولما صح عن الباقر عليه السلم انه سئل عن صلوة الخوف وصلوة السفر تقصران جميعا فقال نعم وصلاة الخوف احق ان تقصر من صلوة السفر الذي ليس فيه خوف وبالانفراد جعل الخوف سببا او تخصيص السفر الخالي عنه فلو شرط بغيره كان اضعف لان السبب تام وهذا انافي ولكان قد جعل بعض السبب مكانه ولم تأخر البيان عن وقت الحاجة والكل من المعصوم محال وشرط بعضهم السفر بجعل الخوف سببا والعلامة وشرط الشيخ وابن ادريس الجماعة اذ السفر سبب برأسه فلا اعتداد بالخوف واما منع عدمه فدليله قوله تعالى واذا كنت فيهم فاقمت لهم الصلاة الاية بين كيفية صلوة الخوف فيجب عليها واما تتم مع الجماعة والجواب ان الاية دلت على بيان كيفية صلوة الجماعة عند الخوف لا الاشتراط الجماعة في القصر **قال** دام ظله والحكم لو سها الامام حال المتابعة او حالة الانفراد ومعناه رفع الامام عن سجود الاولى مع احتمال الاعتدال في قيام الثانية والاقرب البقاء نية الانفراد **اقول** وجه الاول انه صلى بالاولى

ركعة وآخرها الرفع من السجدتين وجه الثاني أنهم جميعاً صاروا دون النية
فلا فائدة في قطع القدوة قبله ولأنهم ينفردون حين ينتظر الثانية وهو حاصل
للاعتداد في قيام الثانية وهو الأقوى عندك ووجه الثالث أنهم نووا الاجتماع
فلا يخرجون عنه إلا بنية الانفراد وعلى الثالث قيل يجب الانفراد على الفرقة
الأولى عند رفع الإمام من سجود الأولى وقيل عند الاعتدال في الثانية

الفصل الخامس في صلاة المسافر **قال** دام ظله ولو سافر في أثناء الوقت
أتم على رأي وكذا لو حضر من السفر في أثنائه **أقول** هنا مسألتان **آ** إذا
سافر بعد دخول وقت الصلاة وجب الإتمام عند المصنف وهو مذهب ابن
أبي عقيل ووجهه أنه مخاطب عند الدلوك بأربع والسفر لا يسقط ما سبق وجوبه
كالغاية والحيض ولأنه لو أسقط لكان ناسخاً وأوجب المفيد والمرتضى التقصير لأن
أبا عبد الله عليه السلام سئل فلما دخل وقت الصلاة وأنا في أهلي ولا أصلي حتى أخرج فقال
صلّ وقصّر وأوجب في النهاية الإتمام مع الاتساع والتقصير مع التضيق والتحقيق
أن نقول هذه المسألة مبنية على مقدمتين **آ** السفر لا يسقط ما وجب قبله وقد
تقرر **ب** الواجب الموسّع يجب بأول الوقت وقد سبق بيّن في الأصول ولقوله
تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس واللام للتعليل لما قرر في الأصول فنقول
الزوال إما أن يوجب عدداً غير معين وهو باطل إجماعاً ولاستلزامه التكليف ٢
بما لا يطاق فتعين المعين فهو إما الركعتان فتقدم المسبّب على السبب وهو محال
أو الأربع فلا يسقط بالسفر منه شيء للمقدمة الأولى **ب** إذا دخل الوقت وهو
مسافر ثم دخل البلد قبل الصلاة قال المفيد وعلي بن بابويه وابن إدريس والمصنف يجب
الإتمام وهو المشهور بين الأصحاب وقال ابن الجنيد يتخير بين الإتمام والقصر وقال الشيخ
رحمه الله إن اتسع الوقت للتمام وجب وإلا قصر احتج الأولون بأن زوال السبب
يقتضي زوال المسبّب ولما رواه العيص بن القسم في الصحيح قال سألت أبا عبد الله عليه
السلام عن الرجل يدخل عليه وقت الصلاة في السفر ثم يدخل بيته قبل أن يصلي قال يصليها
أربعاً واحتج ابن الجنيد بما رواه منصور بن حازم قال سمعت أبا عبد الله عليه
السلام يقول إذا كان في سفر فدخل وقت الصلاة قبل أن يدخل أهله فسار حتى يدخل
أهله

أهله فإن شاء قصّر وإن شاء أتم وإن أتم أحب إلي والجواب المراد إن شاء أقصر
بأن يصلي خارج البلد مقصراً وإن شاء أتم بأن يؤخر الصلاة إلى أن يدخل البلد
احتج الشيخ بما رواه في الصحيح عن إسحق بن عمار قال سمعت أبا الحسن
عليه السلام يقول في الرجل يقدم من سفره في وقت الصلاة فقال إن كان لا يخاف فوت ٢
الوقت فليتم وإن كان يخاف خروج الوقت فليقصر والجواب المراد أنه يحمل
على أنه قارب دخول بلده فإن المراد به إن كان يعلم دخول البلد والوقت باق أتم
وإن كان يعلم إذا دخل البلد خرج الوقت فليقصر أي وليصل قبل البلد مقصراً
والحق أنه متى كان في جزء من الوقت في البلد بحكمه ثم سافر وجب الإتمام وإن حضر
من السفر إلى مشاهدة الجدران أو سماع الأذان وقد بقي مقدار ركعة والطهارة
وجب الإتمام لانتفاء سبب القصر وثبوت سبب الإتمام **قال** دام ظله ولو فاتت
فائتة احتمل وجوب القصر مطلقاً وفي غيرها والتخيير مطلقاً **أقول** إذا كان في
أحد المواضع التي يتخير فيها بين الإتمام والقصر من أول الوقت إلى آخره ولم يصل
احتمل تحتم قصر القضاء مطلقاً لأن السفر سبب لوجوب القصر باتفاق الإمامية
واتباع الأداء في أحد المواضع مانع للحكم والقضاء تابع لسبب الوجوب ولا يأتي
المانع الحكم فيه بوجه ولأن القصر أصل صلاة السفر والإتمام عارض بسبب طارئ
فهو رخصة فإن كانت أفضل ولم يحصل سببها لأن السبب هو اتباع الأداء
في أحد الأماكن المعينة والتقدير عدمه فيبقى الأصل على حاله ولأن العزيمة
مقدمة على الرخصة وقيل القضاء كالأداء متحدان في الماهية وإنما يختلفان
بالوصفين فكمية القضاء هي كمية الأداء والأداء المخير فيه كمية فالقضاء كذلك
لقوله عليه السلام من فاتته صلاة فريضة فليقضها كما فاتته والأصح عندي التخيير
إن وقع القضاء فيها لاتحاد السبب فيهما فيشترك الحكم بينهما وأما في غيرها
فيتعين القصر **قال** دام ظله ولو بقي للغروب مقدار أربع احتمل تحتم
القصر فيهما وفي الظهر ويضعف قضاءه **أقول** التخيير في المواضع المذكورة
يتحقق مع اتساع الوقت ومع بقاء ركعة كأن يبقى من وقت العصر قدر
ركعة فيتخير بين إتمامها تسليم أربعاً والإشكال إنما هو إذا بقي من
الوقت قدر المقصورة لا غير فهل يجوز إتمامها أربعاً فيقع ركعتان

في آخر الوقت لم لا يحتمل الجواز لوجود المقتضي وهو كونه في احد المواضع وعموم
قوله عليه السلم من ادرك ركعة من الصلاة فقد ادرك الصلاة فخارج الوقت
المتلبس به بقدر اتمام الصلاة وقته مع تضيق وقت الاداء عنه ويحتمل عدمه
لان ايقاع بعض الصلاة خارج الوقت انما جاز للضرورة عدمه في تركها
مع تحقق ادراك ركعة او تكليف ما لا يطاق لو كلف بالكل في مقدار ركعة
فيتعين ايقاع الباقي خارج الوقت وهنا الامر دائر اذ ما قصاره على
القصر لا يلزم شيء من ذلك فلا يجوز ولان صلوة القصر وصلوة التمام صلوتان
مستقلتان قد خيرنا الشارع بينهما وقد فات وقت احديهما فتعين الاخرى لانه
مقتضى الوجوب الموقت على التخيير اذا تقرر ذلك فنقول اذا بقي للغروب
مقدار اربع ركعات الظهر والعصر وهو في احد المواضع المخيرة فيها فاتمام الظهر
لا يجوز قطعا لان التخيير انما يجيء اذا لم يستلزم احدهما ترك واجب وهنا
يستلزم اتمام الظهر الاخلال بالعصر ولا يجوز اجماعا فالاشكال في العصر والكلام
فيه في موضعين آ اتمامه بعد ان يصلي الظهر قصرا فيقع منه ركعتان خارج الوقت
فعلى الثاني لا يجوز وهو الاحتمال الاول في الكتاب وهو وجوب قصرها وعلى الاول
يجوز وهو الاحتمال الثاني في الكتاب وهو قصر الظهر والتخيير في العصر ب
ان تم العصر في الوقت فيستلزم فوات الظهر وقضاه بجميع والصحيح انه واجب
وقيل ان مقدار اربع يختص بالعصر مع وجود الاتمام وقد وجد افتي بما في
الباب انه واجب على التخيير فلا يخرج الوقت المختص به عنه بفوات وقت الظهر
ولان الاوقات جعلها الشارع للصلوات التمام والقصر رخصة حدثت فلا
تغير الوقت بل وقوع الظهر المقصورة في وقت العصر رخصة ايضا لا انه يغير
وقتها بالاصالة وهذا الاحتمال ضعيف جدا والصحيح عندي الاول لان
الصلوة خارج الوقت رخصة في ترك واجب للعجز لتحصيل فضيلة الجماعة والى
هذا الاحتمال وضعفه اشار المصنف بقوله ويضعف قضاه اي قضاء الظهر
قال دام ظله والتجارة على راي اقول اعلم ان حظر السفر اما باعتبار
غايته او اثنيته والجهة ما باحثها معا اذا تقرر ذلك فنقول اذا سافر في
لصيد التجارة ولم يلزم من تفسير سفر محظور كانت الغاية والاثنية
مباحتين فيكون السفر مباحا وكل سفر مباح يتحتم قصر الصلاة والصوم

لعموم

لعموم اتي القصر وهو اختيار والدي المصنف والسيد المرتضى وقال الشيخ يقصر
الصوم ويتم الصلاة لقول ابي عبد الله عليه السلم وانا انتصيد مسير باطل
لا يقصر الصلوة فيه والجواب ان الالف واللام في قوله عليه السلم التصيد ليس
للعموم واللام لزم احد الامرين اما عدم التقصير في صيد الموت وهو خلاف
من مبهم اي التخصيص وهو خلاف الاصل وفي قوله مسير باطل دلالة
على ان المراد صيد اللهو لان صيد التجارة ليس مسير باطل قال دام ظله وكذا الحكم
والشرائط واحدة في الصلاة والصوم مطلقا على راي اقول سبب القصر
في الصلاة والصوم واحد وهو السفر والشرائط المعتبرة في التقصير واحدة
فيهما فيلزم تلازم حكمهما في القصر وعدمه ففي اي موضع وجب تقصير احدهما
وجب تقصير الاخر وبالعكس فنقيضاهما متلازمان ايضا والخلاف هنا
في مواضع آ صيد التجارة وقد تقدم ب قصد مسافة وهي اربعة فراسخ
قال الشيخ يتخير في قصر الصلاة واتمامها ويتحتم الاتمام في الصوم اما الاول
فلانه قد وردت روايات بالقصر والتمام ووجه الجمع التخيير اما الروايات
فاحديها رواية زرارة في الحسن عن الباقر عليه السلم انه قال التقصير بريد
والبريد اربعة فراسخ والثانية رواية معوية بن عمار في الموثق قال قلت لابي عبد
الله عليه السلم في كم اقصر الصلاة فقال في بريد الثالثة روى معوية بن
وهب في الصحيح قال قلت لابي عبد الله عليه السلم ادنى ما يقصر فيه الصلاة
فقال بريد ذاهبا وبريد جائيا والجواب انه محمول على الرجوع في يومه
لما رواه عبد الله بن يحيى الكاهلي في الصحيح قال سمعت ابا عبد الله عليه السلم
يقول في التقصير في الصلاة بريد في بريد اربعة وعشرون ميلا ج من كان
سفره اكثر من حضره كالمكاري والملاح اذا اقام في بلده خمسة ايام قال
الشيخ في النهاية والمبسوط وابن البراج وابن حمزة يقصر نهارا ويتم الصلاة ليلا
واما الصوم فلا يقصر فيه بل يتم ومنع المصنف وابن ادريس وبعض الاصحاب ذلك
واوجبوا الاتمام مطلقا وهو الاقوى عندي احتج الشيخ برواية عبد الله
بن سنان عن الصادق عليه السلم قال المكاري ان لم يستقر في منزله الا خمسة

أيّام واقل فقصر في سفره بالنهار وأتمّ بالليل وعليه صوم شهر رمضان للحديث أجاب
والذي يحمله على قصر النافلة يعني سقوط نوافل النهار عنه وانما جعل ذلك
في اقل من خمسة ولا يقولون به قال دام ظله وفي الناسي اشكال اقول
اذا نوى الاقامة عشرة ايام ورحل الامام فان رجع عن نية الاقامة الى نية السفر
فان كان قد صلى صلوة واحدة تماما لم يجز التقصير لقول الصادق عليه
السلم حين سئل عنه ان كنت دخلت المدينة صليت بها صلوة واحدة بتمام فليس
لك ان تقصر حتى تخرج منها وان كنت حين دخلتها فلم تصل بها صلوة فريضة واحدة بتمام
فقصر الحديث اذا تقرر ذلك فنقول لو نسي الصلاة التي دخلها القصر بالكلية
حتى خرج وقتها ولم يصل صلاة اخرى تماما احتمل وجوب الاتمام لانه يجب عليه
قضاؤها تماما فكان في حكم المصلي لترتب حكم النية عليها ولان تحتم وجوب الاتمام
بالاداء والقضاء في سفر غائب عنه الحدثان والاذان فيه بعد ان وجب القصر
وعلم بما انما يكون لاحد شيئين اما الانقطاع للسفر او انقطاع تابع اذ لو
كانا موجودين على حالهما لاستمر وجوب القصر لكنه لم يستمر فلا يعود القصر
الا باستئناف سفر يوجبه ويحتمل جواز القصر لان الصادق عليه السلم في هذه
الرواية علق الاتمام بفعل صلوة واحدة تماما والتقصير على عدم فعلها تماما
بلفظة ان فيهما فاقتضى انحصار الاتمام في الفعل والقصر في عدمه لان ان للشرط
وعدم الشرط يستلزم عدم المشروط وتعليق وجود شيء على وجود اخر وعدمه
على عدم ذلك الاخر يقتضي تساويهما وعدم احد المتساويين يستلزم عدم الاخر
ولانه لا يصح تعقيبه بالقضاء الا فيما يستقبل فاستلزام الحكم لا يتوقف على اخر
والا لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة فيجب القصر وهذا الاحتمال عندي اقوى
واما قياسنا بالناسي اذ الجاهل بدخول الوقت اذا استمرت عليه الغفلة ولم يعلم
وجوب الصلاة وخرج الوقت لم يجب عليه الاتمام قطعا لاستحالة تكليف الغافل
ووجوب القضاء هنا لوجود سبب الوجوب غير مؤثر بالفعل ويظهر من الناسي
حكم الغافل اذ وجوب الاتمام في الناسي يقتضي اولوية وجوبه في العامد
قال دام ظله فالاقرب ان الشروع في الصوم كالاتمام اقول

اقاي

افاده والذي المصنف هنا ان اشتراط التمام في وجوب قصر الصلاة والصوم أحد في الاخرى
وتحتم وجوب الاتمام في ايهما كان يوجب تحتم الاتمام وهما متساويان في الحكم
فامتياز اتمام احدهما اقتضاه اتمام الاخر ويحتمل عدمه لانه لم يصل صلاة
واحدة على التمام والصادق عليه السلم علق القصر على ذلك قال دام
ظله وفي المرتفعة اشكال اقول شرط القصر خفاء الجدران او الاذان بالبعد
فلو ارتفعت ارتفاعا خارجا عن العادة احتمل اعتبارها بالنسبة الى المعتادة
لان اطلاق الشرع انما يحمل على المعهود المعتاد ولانه لو اعتبر الخفاء حقيقة
هنا لجاز ان يؤدي الى عدم القصر في المسافة من مسير له ويقصر وفي صورها الابعد
مع الرجوع ليومه والاقرب عندي اعتبار الخفاء حقيقة لان الصادق عليه
السلم سئل متى يقصر المسافر فقال اذا توارى من البيوت وهو من الصحاح واذا انتفى
معنى الشرط واذا عدم الشرط عدم المشروط فلا يكون قبل الغيبوبة

كتاب الزكوة

وهي لغة النمو والطهارة وشرعا صدقة راجحة مقدرة باصل الشرع ابتداء وتسمى
الصدقة الواجب في النصاب وعن النفس زكوة وفيه ابواب الاول في زكوة
المال وفيه مقاصد الاول في الشرائط وفيه فصلان الاول في الشرائط
العامة قال دام ظله وتستحب في غلات الطفل ومواشيه على راي
اقول هذا اختيار سلار وابن ادريس وهو الاصح عندي لان الزكوة تكليف
والصبي ليس من اهل التكليف ولما صح نقله من قول احدهما عليهما السلم حين
سئل عن مال اليتيم ليس فيه زكوة وقول الباقر عليه السلم ليس في مال اليتيم زكوة
واوجب الشيخان وابو الصلاح الزكوة في غلات الاطفال والمجانين ومواشيهم
لقوله عليه السلم في خمس من الابل شاة وهو عام وقال عليه السلم الصدقة في اربعة
في التمر والزبيب والحنطة والشعير ولنا الاصل بقوله ليس فيما دون خمسة اوسق
صدقة فلو لم تجب في غلات الطفل ومواشيه لبينه وقال ابن حمزة تجب في مال
الصبي ولم يذكر المجنون لما صح عنهما عليهما السلم انهما قالا مال الطفل ليس عليه
في العين والصامت شيء واما الغلات فان عليها الصدقة واجبة قال
فتجب في الانعام بالاجماع المركب ولنعلم ان اجماع اصحابنا على انه قبل انفصال
الحمل لا زكوة في ماله كالمنات لا وجوبا ولا ندبا وانما يثبت وجوبا على

القول به او استصحابا على الحق بعد الانفصال فمنه يبدأ الحول والتكليف
متوجه على الولي وهي من باب الاسباب لا غير وللطفل في الآخرة اعواض دائمة
لمتابعتها الثواب قال دام ظله ولا الدين على المعسر والموسر على رأي
اقول الخلاف انما هو في الدين الحال على الموسر فالمختار عنده والذي يجري
مذهب السيد المرتضى وابن الجنيد وابن ادريس وهو انه لا زكوة في الدين مطلقا اذ
متعلق الزكوة المالية غير التجارة هو الاعيان الشخصية لا الماهيات الكلية
والدين من القسم الثاني وقال الشيخ في النهاية ان كان تأخر الدين من جهة المديون
تركوه عليه وان كان من جهة مالكه فعليه الزكوة لنا ما رواه محمد بن علي
الحلبي في الموثق عن الصادق عليه السلم قال قلت ليس في الدين زكوة فقال
الصادق عليه السلم لا وترك الاستفصال وحكاية الحال مع قيام الاحتمال يدل على
عموم المقال ولان كل زكوة صدقة ولا شيء من الصدقة بثابت في الدين فلا شيء من الزكوة
بثابت في الدين اما الصغرى فلانه تعالى سمى الزكوة صدقة بقوله انما الصدقات
للفقراء الآية وقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها واما
الكبرى فلما صح من قول الصادق عليه السلم لا صدقة على الدين ولا على المال
الغائب عنك حتى يقع في يدك والنكرة المنفية للعموم فالغاية وهو قوله
يقع في يدك ان رجعت الى الجملتين كفى لعمومهما فالمطلوب وان رجعت الى
الاخيرة فالمطلوب ايضا لدلالته على دوام النفي احتج الشيخ برواية
درست عن الصادق عليه السلم قال ليس في الدين زكوة الا ان يكون صاحب
الدين هو الذي يؤخره فاذا كان لا يقدر على اخذه فليس عليه زكوة حتى يقبضه
اجاب والدي بانه ان صح السند حمل على الاستحباب جمعا بين الادلة
قالوا تفصيل رواية الوجوب وجمع اصحابنا والاصح مقابل الصحيح رواية
الحلبي فانه تقتضي النفي الكلي للوجوب فيناقضه الاثبات الجزئي له ولان في
المنفية اما النفي للوجوب او للقدر المشترك اي الندب والاول المطلوب والثاني
يستلزمه اذ نفي الكلي يقتضي نفي جميع جزئياته والالزام استعمال المجاز اطلاقه في نفي
الاستحباب مع ثبوت الوجوب واجيب ايضا عن حجة الشيخ بان مبناه
على ان الاستثناء من النفي اثبات وهو ممنوع قلنا بين برهانه في
الاصول والاصح عندي اختياره والدي دام ظله لان رواية
النفي

النفي احد بها صحيحة والاخرى موثقة ولم يثبت احد الوصفين في رواية
الاثبات قال دام ظله ولو اشترى نصابا جرى في الحول من حين العقد على
راي اقول مبنى هذه المسألة ان العقد اذا استلزم خيارا اما بالاطلاق او
باشتراط اهل يملك المشتري ملكا تاما يتمكن من سائر التصرفات بالعقد او
بانقضاء الخيار اختار الشيخ الثاني ولا يجري في الحول قبله وشيخنا والدي على
الاول فيجري في الحول من حين العقد وسيأتي مبناه في موضعه قال دام
ظله ولو نذر الصدقة في المشروط نظر اقول يريد ان نذر الصدقة مثلا بعين معينة
هي نصاب زكوي المعلق بشرط قبل حصول الشرط الذي علق عليه النذر لا يخرج
الملك اجماعا لكن هل يمنع من التصرف قبل الاداء لتقدم المشروط على الشرط لان
منع التصرف انما هو لوجوب صرفه في النذر فحينئذ هل تجب فيه الزكوة وتنعقد عليه
الحول ويخرج منه وقيل لا لان صحة النذر يقتضي منعه عن اخراجه عن ملكه
لان خروجه عن ملكه يوجب بطلان النذر ومنعه عن التصرف يمنع من انعقاد
الحول فلا تجب فيه الزكوة وهو الاصح عندي لان اجتماع انعقاد الحول الموجب
للوجوب بعده مع صحة النذر واستمراره يمكن استلزامه للمحال وكلما امكن
استلزامه للمحال فهو محال اما الاولى فلانهما لو اجتمعا فوقع الشرط وحال
الحول ولم يكن الا ذلك العين استحق الفقراء استحقاقا لازما ومصرف
النذر استحقاق لازم وهو مستلزم لاجتماع الضدين واما الثانية فظاهرة
لانه يمتنع استلزام الممكن المحال قال دام ظله ولو استطاع بالنصاب
ووجب الحج ثم مضى الحول على النصاب فالاقرب عدم منع الحج من الزكوة اقول
المراد انه اذا استطاع المكلف بعين النصاب للحج … وجب عليه
الحج باجتماع شرائط الاستطاعة فتعذر وجوب الحج عليه قبل انقضاء اشهر
الحج ولم يستطع قبله بغير ذلك ثم يتم حول الزكوة فيجتمعا الشرائط وكان
صرف الزكوة يزيل الاستطاعة لنقصان نفقته مثلا فهل يمنع وجوب الحج من
وجوب الزكوة ام لا الاقرب نعم لانه لو وجب الزكوة لاستحق الفقراء في العين
ولفقدت استطاعته فان بقي وجوب الحج لزم ان يكون فقد الاستطاعة
التامة في اول سنة استطاعته قبل تمام اشهر الحج غير مسقط لوجوبه
وهو باطل اجماعا وان لم يبق وجوب الحج كان وجوب الزكوة مستلزما لارتفاع

الواقع مرجح للحادث على الباقي ترجيح من غير مرجح لرجوعهما معا وهو محال ولان كلا
استلزم ثبوته نفي الآخر فاذاه وجود احد المتنافيين يمنع حدوث الآخر لان شرط
وجود الحادث خلو المحل عن منافيه ولانه كمنذور الصدقة وقيل لا يمنع وهو الاصح
لان وجوب الحج تتعلق بالذمة فكان كالدين وجوبه يعرف هذا المال في
الحج قبل الحول لوجوب صرفه في قضاء الدين اذا لم يملك غيره ولم يحج عليه وكما لا
يمنع هذا لا يمنع ذاك **قال** دام ظله ولو شرطها على المالك لم يصح على رأي **أقول**
اذا اشترط المقترض الزكوة على المقرض وترك العين بحالها حولا لم يصح هذا الشرط
ووجبت الزكوة عليه لان الزكوة لتزكية صاحب المال بحذفها من ماله اى تطهيره
لقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها فلا يمكن ان تكون من مال
الغير ولما صح من ان الصادق عليه السلم سئل على من الزكوة على المقترض او
المقرض فقال على المقترض لان له نفعه وترك الاستفصال عقيب السؤال
مع قيام الاحتمال يقتضي عموم المقال والتعليل يقتضي عدم صحة الشرط **احتج**
الشيخ برواية منصور بن حازم الصحيحة عن الصادق عليه السلم في رجل استقرض
مالا وحال عليه الحول وهو عنده فقال ان كان الذي اقرضه يؤدي زكوته فلا زكوة
عليه وان كان لا يؤدي ادى المستقرض والجواب لا يدل على مطلوبكم لانه لم
يتعرض للاشتراط ولا للوجوب **الفصل الثاني** في الشرائط الخاصة **قال**
دام ظله وفي احتساب الثاني عشر من الاول او الثاني اشكال **أقول** ينشأ من
اصالة عدم النقل والحول اللغوي اثنا عشر شهرا ووجوبه فيه لا يقتضي عدم كونه من الاول
يعني انه لا يكون مبدأ الحول الثاني ومن ان الاحد عشر شهرا زمان يجب بمضيه
الزكوة وكل زمان يجب بمضيه الزكوة فهو الحول الشرعي اما الصغرى فاجماعية واما
الكبرى فلقول النبي صلى الله عليه وآله لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول ولما صح
من قول الصادق عليه السلم ولا تزكه حتى يحول عليه الحول الحديث والاصح
عندي عدم احتسابه من الاول لقول الباقر عليه السلم اذا دخل الثاني عشر فقد
حال عليه الحول ووجبت عليه الزكوة والفاء تقتضي التعقيب بلا فصل
فيأخذ حكمه بصدق انه حال عليه الحول وحال فعل ماض لا يصدق الا
بتمامه **قال** دام ظله ولو ملك ثلثين بقرة وعشرا بعد ستة اشهر فعند
تمام

تمام حول الثلاثين تبيع او تبيعة وعند تمام حول العشر ربع مسنة فاذا حال
آخر على الثلاثين فعليه ثلثة ارباع مسنة واذا حال على العشر فعليه ربع مسنة
وهكذا ويحتمل التبيع وربع المسنة دائما او اتحاد الحول الاربعين عند تمام حول
الثلاثين **أقول** اما وجوب التبيع في الحول الاول فظاهر لانه قد تم نصابه وحال
عليه الحول واما وجوب ربع المسنة عند تمام حولها فلانه ملك اربعين
زكوية فيجب في العشر ربع مسنة لانا نبسط المسنة على الحول النصاب مع اعتبار
الحول لئلا تضيع على الفقراء او تتضرر المالك وعندي في هذا نظر وبيانه
ووجه الثاني اعتبار كل نصاب بحوله لتعذر الجمع ووجه الثالث سقوط اعتبار ملك ح
النصاب الاول عند تملك النصاب الثاني ولا يمكن اعتباره من حين العشر
لانه ان بني على الاصل تضرر المالك ولا يمكن ذلك ايضا وان اسقط الاول ضاع
حق الفقراء وعندي في هذه المسئلة نظر لان الزكوة متعلقة بالعين تعلق الشركة
فاذا استحق الفقير عند تمام حول الثلاثين تبيعا من النصاب بعينه فيلزم
شيئان احدهما نقصه عن الاربعين فيبطل حول الاربعين واستونف عنده تمام
النصاب الحول وثانيهما ان وجوب اخراج الفريضة بعينها كاشف عن سقوط
اعتبار كل ذلك النصاب الذي يخرج عنه في انعقاد حول آخر في اثناء ذلك
الحول الذي وجبت الفريضة عند انتهائه لفريضة اخرى اجماعا اما عنه فظاهر
واما بالنسبة الى غيره فلتوقف الوجوب في كل واحد على مصاحبة الوجوب في
الابتداء توقفه بعينه لا توقف جزئه وكذا في انعقاد الحول لانه لو اختل
شرط في واحد من النصاب في اثناء الحول سقط اعتباره في الكل وان لم
يتوقف وجوب الاداء بعينه حولان الحول على الكل فقد ظهر اتحاد الكل
في انعقاد الحول دفعة بما دللنا الى آخره وعلى هذا استقر رأي المصنف فلا
تحقق لهذه المسائل عندنا اى المصنف بل تحقق على وجوب الزكوة في الذمة
ولبس لنا هذا القول قال والذي المصنف لما سألته ذلك انه يمكن بناؤها
على قول الشيخ الطوسي حيث قال انه تقدم الزكوة معجلة ولا تنقص بها
النصاب فعرفنا ان ملك الفقير لا يخرج النصاب عن انعقاد الحول عنده
والاصح عندي انه يبتدى حول الاربعين بعد تمام حول الثلاثين انكمل.

حؤول الحول لتعيّن كأنّ لكل احد عشر وفرض المصنف مثلك عشرة لا منافيه لظهور المقصد
ولا يحتمل عندي غير ذلك وانما طوّلنا الكلام في هذه المسئلة لانها موضع اشتباه
قال دام ظله وفي اشتراط الانوثة قولان اقول شرطها سلار لقوله
عليه السلم في خمس من الابل شاة واسقاط التاء من العدد دليل الانوثة وهو ضعيف
لان تعلق الحكم على الوصف لا يدل على نفيه عما عداه والحق انه لا يشترط لعموم
الاخبار ولقول الباقر والصادق عليهما السلم فرض الله الزكوة مع الصلاة
في الاموال وسنّها رسول الله في تسعة اشياء وعفا عما سواهن الذهب والفضة
والابل الحديث قال دام ظله وبدو الصلاح هو اشتداد الحب واصفرار
الثمرة واحمرارها فانعقاد الحصرم على رأي اقول هذا هو المشهور وقال ابن
الجنيد الحد الزكوة حين يسمى تمرا او زبيبا او حنطة او شعيرا وهو بلوغها حد الجفاف
ومنعه في الحنطة والشعير ظاهر فانه يسمى بذلك بالانعقاد حبة واما في التمر
فقد نقل عن اهل اللغة ان البسر تمر والنقل على خلاف قالوا متعارف عند
العرف ما قلناه قلنا المجاز خير من الاشتراك والنقل قالوا الحق اولى لاستعمال
قلنا الحقيقة اولى وان كانت مرجوحة المقصد الثاني في المحل قال دام
ظله وفي اجزاء ابنة المخاض عن خمس شياه مع قصور القيمة عنها تردد وعن شاة في
الخمس مع قصور القيمة نظر اقول هنا مسئلتان آ اجزاء ابنة المخاض عن خمس
شياه اما مع مساواة القيمة او زيادة قيمتها عن قيمة الشاة فيجزي قطعا
واما مع قصور قيمتها عنها ففيه احتمالان الاجزاء لاجزائها عن الاكثر فيجزي عن
الاقل اذ النصاب الثاني لا ينفي الوجوب في الاول بل الوجوب باق وفريضة الثاني تجزي
عن فريضة الاولى وعلى الزيادة ويحتمل عدمه لان الواجب منحصر في العين
والقيمة وليست بأحدهما وهذا هو الجيد عندي ب اذا قلنا باجزائها عن الخمس الشياه
تجزي عن الواحدة اصالة بطريق الاولوية واعلم ان منشأ هذه المسائل التي تورد
هنا كهاتين المسئلتين وشبههما هو ان الشاة الواجبة في خمس من الابل هل هي بدل
ام اصل احتمالان ومنشأهما تعارض المجاز والاضمار في قوله عليه السلم
في خمس من الابل شاة ولفظة في حقيقة في الظرفية فان حملناه على الحقيقة
لزم الاضمار وهو قدر الشاة فتكون الشاة بدلا دفعا لتقدير المستغرق المستلزم
للضرر

للفقراء وبعضه اختيار الاصحاب وهو تعلق الزكوة بالعين تعلق الشركة وان
حملناه على السببية لقوله عليه السلم في النفس المؤمنة مائة من الابل كانت اصلا
لكن استعمال لفظة في في السببية مجاز فعلى الاول تجزي لانا بيّنا انه مساو لخمس
شياه فيساوي لما قلنا في اجزائه عن الزائد فيجزي عن الواحدة وعلى الثاني لا تجزي
مع قصور القيمة قال دام ظله ثم ثلثمائة وواحدة ففيها اربع على رأي اقول هذا
اختيار الشيخين وابن الجنيد لقول الباقر والصادق عليهما السلم فاذا بلغت ثلثمائة
ففيه مثل ذلك ثلاث شياه فاذا زادت واحدة ففيها اربع شياه الحديث قال
دام ظله وقيل يؤخذ من كل مائة شاة وهي في الرابع اقول هذا هو قول السيد المرتضى
وابن بابويه وسلار وابن ادريس والامام المجتهد والدي في النهاية والمنتهى لرواية
محمد بن قيس الصحيحة عن ابي عبد الله عليه السلم انه قال ليس فيما دون الاربعين من الغنم
شيء فاذا كانت اربعين ففيها شاة الى عشرين ومائة فاذا زادت واحدة ففيها شاتان
الى المائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلاث من الغنم الى ثلثمائة فاذا كثرت الغنم
ففي كل مائة شاة الحديث يحمل الكثرة بالتمام واحدة اليها وهذا هو الاصح عندي
قال دام ظله وتظهر الفائدة في الوجوب والضمان اقول لما ذكر ان في ثلثمائة
وواحدة قولين احدهما انه يجب اربع شياه والاخر انه يترك الاعتبار ويجب في كل
مائة شاة ذكر مسئلتين يظهر فيهما حكم كل من القولين والمسئلتان تقوله وتظهر
الفائدة آ محل الواجب فانه على الاول اربع شياه وعلى الثاني ثلث شياه واليه اشار
بقوله في الوجوب ب الضمان ويورد فيه مثالين صورتين آ لو تلفت الواحدة بغير
تفريط بعد الحول وقبل امكان الاداء فعلى الاول تقسط الاربع شياه على ثلثمائة جزء
وجزء واحد ويسقط منه جزء واحد وهو اربعة اجزاء من ثلثمائة جزء وجزء واحد من شاة
فيبقى الواجب عليه ثلث شياه ومائتا جزء وسبعة وتسعون جزءا من ثلثمائة جزء
وجزء من شاة واما على القول الاخر فلا تقسط الثلاث على ثلثمائة جزء وجزء لان
الواحدة الزائدة شرط في تغير الفرض وليست جزءا من محل الوجوب لتصريح الرواية
بانه في كل مائة شاة فلم يتعلق الوجوب بشيء من الزائدة وفي الرواية الاولى تصريح
بتعلق الفرض بالمجموع المركب من ثلثمائة وواحدة وكل واحد من اجزاء محل المجموع
الفرض محل لكل واحد من اجزائه واقول الضابط ان التالف ان كان
زائدا على محل الواجب لم يسقط شيء بسببه وان كان جزءا من محل الوجوب سقط

من مجموع الفريضة ما نسبته إليها كنسبة التالف إلى محل الوجوب لو تلف منها شيء بغير
تفريط بعد الحول وقبل إمكان الأداء فالأقوى وجوب شاتين لانعقاد الحول
على وجوب شاة في كل مائة ويحتمل وجوب ثلاث شياه لأنه مالك لمائتين وواحدة
حولاً والزيادة لم يكن موجبة لعدم الكمال لانتفاء شرط التكليف فيها ويضعف بأنه
عند حصول النصاب الثاني سقط اعتبار الأول وبقي سبب وجوب الزكاة مجموع
النصاب الثاني وقد نظر بأنه لو تلف منه واحدة قبل تمام الحول بيوم كان الواجب ما
في النصاب الأول وكلما يجب انعقاد الحول لكلي نصابه وهي قاعدة إجماعية
فالتلف كاشف **قال** دام ظله ولو تضاعفت الدرجة فالقيمة السوقية على رأي
أقول إذا كان ما عنده أكثر أو أقل مما يجب عليه بدرجتين كبنت المخاض
والحقة قال الشيخ رحمه الله في المبسوط وأبو الصلاح يخرج بتضاعف الجبران وقال
إمام المجتهدين والذي للمصنف وابن إدريس يخرج بالقيمة السوقية لأن تعدد الجبران
إنما يكون بنص الشارع ولم يرد عنه إلا في درجة فلا يتعدى احتجوا بأن بنت
المخاض مع شاتين مساوية لبنت اللبون وبنت اللبون مع شاتين مساوية للحقة فيساوي
المساوي ويساوي بنت المخاض مع أربع شياه مساوية للحقة والجواب أن المعتبر
عين بنت اللبون مع الشاتين لا مساويها وهكذا في ثلاث درجات وقوله ولو تضاعفت
الدرجة يريد به في أسنان الزكاة من الإبل المعتبرة فلو دفع عن الجذعة
ثنية مع طلب الجبران أجزأ والصحيح عندي ولا مع عدم الجبران مع النقصان
في القيمة السوقية لأنها ليست من أسنان الإبل المأخوذة في الزكاة **قال** دام ظله
العلس حنطة حبتان منه في كمام على رأي **أقول** قال بعض الأصحاب العلس
نوع من الحنطة تجب فيه الزكاة وهو اختيار المصنف في المختلف وقال ابن إدريس للأصل ولقول
الصادق عليه السلام فرض الله الزكاة مع الصلاة في الأموال وسنها رسول الله صلى
الله عليه وآله في تسعة أشياء وعفا عما سواهن في الذهب والفضة والإبل والبقر
والغنم والحنطة والشعير والتمر والزبيب والحصر والأصل عدم الترادف وقال
الشيخ إنه نوع من الحنطة تجب فيه الزكاة لأنه لما كانت معرفة الحقائق في
أنفسها أمراً مشكلاً علق الشارع الأحكام على الأسماء وإنما تعرف الوضع من اللغة
وقال صاحب الصحاح العلس ضرب من الحنطة تكون حبتان منه في قشر وهو طعام
أهل صنعاء **قال** دام ظله والسلت شعير لصورته ويحتمل إلى الحنطة
لاتفاقهما

لاتفاقهما طبعاً وعدم الانضمام **أقول** الأول قول الشيخ ووجهه أن الماهيات إذا
تساوت في الصورة النوعية الحاصلة للماهية تساوي كل الأفراد في الاسم الموضوع
للماهية الكلية فيتساوى في الحكم المعلق عليه والثاني قول بعض الأصحاب وإن
الطبيعة صادرة عن الصورة النوعية معلولة لها فلما لم توجد الطبيعة الصادرة
عن الشعير علمنا عدم الصورة النوعية التي لأجلها اختلفت الماهية فلم يكن من
الشعير ووجد خاصية الحنطة فيه وهو الطبيعة المختصة بها كان منها ووجه
الثالث اختلافهما عرفاً ولغة والأحكام منوطة بهما والأصل وقال صاحب الصحاح
السلت ضرب من الشعير ليس له قشر كأنه الحنطة وهو يقوي الأول والأقوى أنه لا
يضم إلى أحدهما في الزكاة **قال** دام ظله وهل الاعتبار في الأغلبية بالأكثر عدداً
أو نفعاً أو نمواً الأقرب الثاني **أقول** الكثير حقيقة في الكم المنفصل وهو العدد واللفظ
عند الإطلاق إنما يحمل على حقيقته والأغلب المراد به الأكثر ووجه الثاني أن
الزكاة تابعة للنمو فكان اعتباره أولى وهو الأصح عندي **المقصد الثالث**
فيما يستحب فيه الزكاة **قال** دام ظله **الأقرب** مال التجارة عليه أي **أقول**
اختلف علماؤنا في زكاة مال التجارة على قولين فالأكثر على الاستحباب وهو
اختيار الشيخين والمرتضى وأبي الصلاح وابن البراج وسلار وابن أبي عقيل وابن الجنيد
وهو المختار عندي وقال بعضهم بالوجوب وهو الظاهر من كلام ابني بابويه
لنا الأصل وما رواه زرارة في الصحيح قال كنت قاعداً عند أبي جعفر
عليه السلام وليس عنده غير ابنه جعفر فقال يا زرارة إن أبا ذر وعثمان
تنازعا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله فقال عثمان كل مال من ذهب أو فضة
يدار ويعمل به ويتجر به ففيه الزكاة إذا حال عليه الحول وقال أبو ذر أما ما اتجر
به أو دير وعمل به فليس فيه زكاة إنما الزكاة فيه إذا كان ركازاً أو كنزاً موضوعاً
فإذا حال عليه الحول ففيه الزكاة فاختصما في ذلك إلى رسول الله صلى الله
عليه وآله فقال عليه السلام القول ما قال أبو ذر وفي الصحيح عن هشام بن سالم
قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل كان له مال كثير فاشترى به متاعاً
ثم وضعه فقال هذا متاع موضوع فإذا أحببت بعته فيرجع إلي رأس مالي وأفضل
منه هل عليه فيه صدقة وهو متاع قال لا حتى يبيعه قال فهل يؤدي عنه إن باعه
لما مضى إذا كان متاعاً قال لا احتج الموجبون بما رواه أبو الربيع الشامي

عن الصادق عليه السلم في رجل اشترى متاعا فكسد عليه متاعه وقد كان زكى
ماله قبل ان يشتري به هل عليه زكوة او حتى يبيعه قال ان كان امسكه التماس
الفضل على رأس المال فعليه الزكوة وفي الحسن عن محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلم
نحوه والعموم للامر والجواب ان الرواية ان سلم سندها فهي محمولة على الاستحباب
لما تقدم وعموم الامر مخصوص لورود البيان بالروايات الصحيحة المذكورة قبل
قال دام ظله ولو اشترى نصابا زكويا في اثناء الحول لمتاع التجارة استانف
حولها من حين الشراء على راي اقول الاصل في هذه المسئلة انه هل يبنى حول
التجارة على حول العينية ام لا والذي اختاره المصنف لا مطلقا وقال الشيخ يبنى على
حول النقد لا غير يعني ان العرض الذي ملك بعوض التجارة ان كان نصابا
من احد النقدين فانه تعتد عليه حول العينية يبنى حول التجارة على حول المالية
وان لم يبن وان كان من جنسه احتج المصنف بقول النبي لا زكوة في مال حتى
يحول عليه الحول وحول العينية انقطع بخروج الحول وحول التجارة متاخر عن سببه
وهو عقد المعاوضة لها لاستحالة تقدم المسبب على سببه والاختلاف شروط
الزكوتين والمحل فان محل العينية الشخص لا النوع ومحل التجارة القيمة احتج
الشيخ رحمه الله بان قدر الزكوة فيهما واحد ومتعلقهما واحد لان العينية
متعلقة بالنقد والتجارة متعلقة بقيمة المتاع وهو من جنس النقد فصار بمثابة
له بجنسه ويبنى في العينية اذا بادله بالجنس على حول الاصل عنده ففي التجارة
اولى وكونها عينية او للتجارة اختلاف في السبب والاسباب الشرعية علامات
لا تؤثر ولا احدهما مع بقاء الآخر والجواب المنع من اتحادهما واتحاد
متعلقهما واعلم ان مبدأ حول التجارة على قول والذي دام ظله من حين المعاوضة
الاولى لها مع بلوغ النصاب واجتماع الشرائط وعند الشيخ كذا ان لم يكن
الشراء لها مثلا نصابا من احد النقدين والا فمن ابتداء حول ذلك النصاب
قال دام ظله ولو عارض اربعين سائمة بمثلها للتجارة استانف حول
المالية على راي اقول في هذا الكلام مسئلتان من جهة انه يفهم قوله ولو
عارض اربعين سائمة بامثالها للعينية او للتجارة ثم قيد في مثلها بانها للتجارة
آ اذا كان عنده اربعون شاة سائمة ستة اشهر للقنية ثم عارض بها مثلها
للتجارة فابتدا حول التجارة عندنا والشيخ من حين ملك المالية
ولا

ولا يبنى حول التجارة على حول العينية لان المسبب لا يتقدم على السبب ولان
متعلق زكوة التجارة القيمة وقيمة الماشية ليس من جنسها فانا نسبة الى زكوة
التجارة لم يكن المعاوضة بالجنس بل بمغايره وعند الشيخ يبنى حول العينية
في المالية على حول العينية في الاولى ويختلف حول العينية والتجارة فيقدم
العينية هنا عند الشيخ قطعا لقوتها لوجوبها وتقدم حولها واما عندنا
دام ظله فيستانف الحول للعينية لانقطاعه بالمبادلة وللتجارة ويساوق
الحولان من حين ملك الثانية ب وهي التي فرضها الشيخ في المبسوط وهي انه اذا
كانت الاولى للتجارة والمبدل لها ثم عارضها بمثلها للتجارة ايضا فالخلاف بين
الكل في بناء حول التجارة على حول الاولى وانما النزاع في بناء حول العينية فقال
والذي المصنف وجماعة انه يستانف حول العينية على الثانية اذ كل واحد منهما لم يحل
عليها الحول ولان محل الزكوة العين الشخصية لقول النبي عليه السلم زكوة الغنم في
سائمتها والسوم من عوارض الشخص لا الكلي ورجح الشيخ في المبسوط بناء حول
العينية على حول الاولى فاذا تم للثانية ستة اشهر اخرى اخذت العينية لانه يصدق
عليه انه ملك اربعين سائمة طول الحول فيدخل في قول الصادق عليه السلم فاذا
كانت اربعين ففيها شاة ولان محل الوجوب الماهية النوعية فان الشارع انما
علق الاحكام على الماهيات الكلية ولانه لو ملك ثمانين ملك النصاب المطلق ولا
المشخص واعلم ان قوله استانف حول المالية لا يريد به ابطال حول التجارة فان
الفريقين اتفقا على ان حول التجارة باق لكن عند الشيخ الطوسي يساوق الحولان
من المبدا فيثبتان معا فان اختل بعض شرائط احدى الزكوتين قبل نهاية الحول
ثبتت الاخرى وان تساوق الشرطان واستمرت الامور المعتبرة في كل واحدة
منهما الى نهاية الحول فقدمنا العينية لوجوبها وندبية تلك وقيل وعلى وجوبها
ايضا للاختلاف فيه والخلاف العينية وقيل تقدم زكوة التجارة لعمومها في جميع
اصناف الاموال وزيادتها بزيادة القيمة فهي انفع للمساكين والاول اصح
قال دام ظله ولو ظهر في المضاربة الربح ضممنا حصة المالك الى الاصل
واخرجنا منه الزكوة ومن حصة العامل ان بلغت نصابا وان لم يبق على رأي
لان الاستحقاق اخرجه عن الوقاية اقول المراد بالاصل هنا قدر رأس

الملك لانه لا بد ان يكون من احد النقدين وان لم تصح المضاربة وبالربح زيادة قيمة
العرض المشترى بها بعد عليه اذ بذلها من مشتريها بالشراء بها كما اشف وبالضم في قوله
ضممنا تكميل النصاب بالربح لو لم يبلغ الاصل نصابا او لجعله نصابا ثانيا ان بلغ
الاصل النصاب لا قول اذا المعتبر هنا نصاب احد النقدين لما مر وسمي الثاني نصابا مجازا
لانه لا تعتبر النصاب الثاني لما مع وجود النصاب الاول واجتماع الشرائط فيه فقال
استعمل اللفظ في القدر المشترك بين حقيقته ومجازه مجازا اذا تقرر ذلك
فنقول حول الاصل من عقد المعاوضة لها وبلوغه النصاب وحصول جميع الشرائط
وانما الربح فحصول حصة المالك منه من حين الظهور ومع انها اجل الحول له ان يخرج
او عنه واما حصة العامل فيبنى على ملكه وتحقيقه مذكور في باب المضاربة وسيأتي فان قلنا
علمكا بالظهور فمنه ابتدا حول حصته لانه ما لك يتمكن من التصرف فيه هل له اخراجها
منه بنفسه قبل القسمة قيل لا بل القسمة شرط في امكان الاداء لان ربحه وقاية لرأس المال
لما لعله يكون من الخسران متعلق حق المالك به للوقاية يمنع استقلاله بالاخراج منه
وقيل نعم لان استحقاق الفقراء لجزء منه يخرج ذلك القدر المستحق عن الوقاية ولا الزكاة
من المؤن التي يلزم المال كاجرة الدلال والكيال وكرجوع قطع عبد التجارة وارش جنايته
من الربح فكذا هنا والقولان للشيخ في المبسوط وقوى الثاني **قال** دام ظله والاقرب
انه لا منافاة بين الوقاية والاستحقاق فيضمن العامل الزكاة لو تم بها المال **اقول**
قد ظهر من تقرير القولين المتقدمين ان القائلين بهما بنوا القولين على المنافاة بين الوقاية
واستحقاق الفقراء للاستيفاء قبل القسمة فاصحاب القول الاول رجحوا
الوقاية على الاستحقاق فنفوه معجلا وجعلوا القسمة شرط امكان الاداء
واصحاب القول الثاني رجحوا الاستحقاق على الوقاية فنفوا الوقاية وجعلوا
القدر المخرج غير مضمون والذي المصنف دام ظله اختار مذهبا آخر غير
القولين وهو انه لا منافاة بين الاستحقاق والوقاية لان الان بالامكان ممكن
ان لا يحصل لعدم الخسران وسبب استحقاق الفقراء موجود بالفعل الان ولا مانع
الا حق المالك وهو يندفع بضمان العامل اياه كالمهر اذا حال عليه الحول قبل
الدخول وانما ضمنه العامل لحصول الثواب له والتحقيق ان النزاع
في تعجيل الاخراج بغير اذن المالك بعد تسليم ثبوت الزكاة ليس بخروجه
لان امكان منع المالك بامكان الخسران ولعدم النماء لا يعارض استحقاق الفقراء

الفقراء بالفعل لان امكان احد المتنافيين لا ينفي ثبوت الآخر فعلا لما تحقق شيء من
الممكنات ولان الزكاة حق لله تعالى والادمي وكيف يمنع مع وجود سببه بامكان حق
الادمي بل لو قيل ان حصة العامل قبل ان يسلم المال لا زكاة فيها لعدم تمام ملكه
العامل وان المالك ربحه كان قويا وهو الاقوى عندي **قال** دام ظله ولو اشترى
معلوفة للتجارة ثم اسامها فالاقرب استحباب زكوة التجارة في السنة الاولى
اقول هذه المسئلة واشباهها فرع ولها قاعدة كلية هي انه اذا كمل نصاب الزكاتين
وشرائطهما واختلف الحولان في الابتداء ثم استمر الى السوم والاستمرار سنة حول
العينية فيها على قول والذي المصنف دام ظله ان تعلق زكوة التجارة يمنع ملكه
فلا تسقطها العينية الا بتعلقها قبل علكه بسببه الذي عرض به ثم استمر الى البدو
قاطعة لحول العينية المذكور فرض المصنف في هذه المسئلة سنح حول التجارة
لامكانه ومثاله انه اذا اشترى اربعين شاة معلوفة مثلا للتجارة ثم بعد ستة
اشهر اسامها فاذا الحولين يقدم حكمه ومبناه على ان الباقي هل يحتاج الى المحدث
او ان الحادث يرفع الباقي وقد حقق في علم الكلام فعلى الاول تسقط زكوة التجارة
وان كانت مستحبة لوجود سببها عند ابتداء حولها وانتفاء المانع اذ ليس على
انعقاد حول العينية اجماعا وهو سبب معد بعيد فلا يعارض المؤثر ولا المعد
القريب الذي بعده ترتب الحكم بلا فصل وهذا هو اختيار المصنف وعلى الثاني
تقدم حكم حول العينية لوجوبها فهي اقوى وعلى هذا الاحتمال الحكم فيه على القول باستحباب
زكوة التجارة انه لا ينكره له يلحقها الاخراج الى آخر حول العينية فان تقدمت شرائطها
وجبت العينية وظهر سقوط ذلك الاستحباب ولو اختل شيء من شرائطها ظهر
ثبوت الاستحباب وبقاؤه قوله فالاقرب استحباب الى آخره اشارة الى هذا
الاحتمال والخلاف من قال بوجوبها عند تمام الحول الاول فان اكثر القائلين
بوجوب زكوة التجارة قد بنا على العينية هنا هنا على القول الصحيح بان الزكوتين
لا تجتمعان وهو قول الاكثر ونقل ابن سعيد اجتماعهما احدهما وجوبا والاخرى
استحبابا قولا لتغاير المحل وليس بجيد **قال** دام ظله وفي كون نتاج
مال التجارة منها نظر **اقول** نعرضه في الحيوان اولا فنقول اذا
اشترى جارية للتجارة مثلا ثم حملت احتمل كون الحمل ملحقا بمال التجارة
لان الولد جزء من الام فله حكمها ولهذا زعم الشيخ واتباعه انه يدخل في بيعها

ولان في عرف اهل التجارة ان ربح مالها من فوائد التجارة فكان ربحا
وقيل لا لان الثمرة الذي تعقده العين لا تناسب الاسم بطريق التجارة بل المحل
مال التجارة وهكذا ثمار الاشجار واجرة الدار وانه ليس باصل لعدم صدق حده عليه
وليس بربح لان الربح جزء من قيمة السلعة التي هي متعلق الزكوة فهو جزء من محل الزكوة
بخلاف الثمار ويتفرع على القولين ثبوت زكوة التجارة فيه كالربح وكونه وقاية
يجبر به ما نقص المال ويكمل نصابا به وعدمه والحق الثاني لان الربح زيادة حكمية
ثم تصير عينية **قال** دام ظله فعلى تقديره فالعشر المخرج لا يمنع من انعقاد حول
التجارة على الثمرة ولا على الاصل **اقول** هذا التفريع على القول بان نتاج مال التجارة
مال التجارة ويتعلق به زكوة التجارة وتقريره انه لو اشترى نخلا للتجارة فاثمر وقيمة
النخل نصاب وكملت الثمرة النصاب فهنا تتصور سبق زكوة العين بان بدو
صلاح الثمرة قبل تمام حول التجارة وكذا فرضها المصنف فتجب العينية في الثمرة لوجود
سببها بقي هنا مسألتان **آ** العشر المخرج لا يمنع من اعتبار التجارة في الثمرة
في المستقبل بل يثبت في الاحوال الآتية ويكون مبدأ حول التجارة فيها بعد وجوب اخراج
العشر بلا فصل لا من بعد بدو الصلاح بلا فصل وان كان وقت بدو الصلاح وقت الوجوب
لان عليه بعد بدو الصلاح تربية الثمار لكن فالحق عليه وقت التربية فقوله العشر
المخرج لا يمنع من انعقاده حول التجارة على الثمرة بمعنى انه لا يمنع ابتداء انعقاده
لا بمعنى تمام حول التجارة على الثمرة اذا ابتداءه حاصلا في اثنائه لان مبدأه ظهورها
لانه هدر ما مضى منه لنفي النبي في الصدقة على المال الواحد في الحول الواحد
لا يقال حقان وجبا بسببين مختلفين في وقتين متغايرين فلا يسقط
احدهما بالآخر كفطرة العبد المشترى للتجارة وزكوة التجارة **لانا نقول** يلزم ثبوت
زكوتين في مال واحد في حول واحد وهو منفي بالحديث الصحيح **ب** هل تسقط زكوة
التجارة عن قيمة جذوع النخل لو اتفق نهاية حولها وبدو الصلاح في وقت واحد ذكر
الشيخ في المبسوط نعم اذ المقصود الثمار وقد اخذنا زكوتها والاصح ما قاله المصنف
انه لا تسقط لان قيمة النخل ليس فيها زكوة العين فتغاير محل الزكوتين وعلى قول الشيخ
لو بدا الصلاح في ابتداء حول قيمة الاصل للتجارة بان كمل نصابا حينئذ منع
انعقاد حول التجارة على قيمة النخل ابتداء ولو بدا الصلاح في اثناء حول قيمة النخل
قبل تمامه ابطل استئنافه بمعنى انه لو كان تعدد مضى ستة اشهر مثلا اذا بدا الصلاح
ولا

ولا تحسب من حول قيمة النخل للتجارة فيمنع دوام انعقاده وعلى قول شيخنا المصنف
لا يمنع انعقاد الحول على قيمة النخل في الحالين فهذا معنى قوله ولا على الاصل اي العشر
المخرج لا يمنع استمرار انعقاد حول التجارة على قيمة النخل فلا يهدر ما مضى فقد
ظهر ان المراد بالانعقاد في المسألتين معنيان متغايران وكذا المنع وانما
طولنا الكلام لانه موضع اشتباه **قال** دام ظله وفي ضم ما يزرع مرتين في
السنة كالذرة بعضه مع بعض نظر **اقول** هنا اصل متفق عليه وهو انه لا يضم زرع سنة
الى زرع سنة اخرى في تكميل النصاب اجماعا واختلاف اوقات الزراعة لضرورة الزرع
فيها كمن يبتدى بالزراعة ولا يزال يزرع الى شهر او شهرين او اكثر لا يقدح بل هي مجموعة
زرعا واحدا ويضم بعضها الى بعض مع اتحاد الجنس اجماعا بقي هنا مسألة وهي ضم ما يزرع
في السنة مرتين بان يتبع الزرعان والحصادان في سنة واحدة بان يكون بين زرع الاول
وحصاد الثاني اقل من اثني عشر شهرا عربية فيحتمل الضم لانه كاختلاف الاوقات لاتحاد
السنة ويحتمل عدمه لاستقلال الكل زرع بنفسه زرعا وحصادا فكان كالسنتين
ولانه لا اعتبار بالحول هنا بل بالادراك والاصل ان الثمار تختلف ادراكها بعضها مع
بعض حولها في الزرعة الواحدة للضرورة بقي الباقي على الاصل **المقصد الرابع** في
المستحق وفيه فصلان **الاول** في الاصناف **قال** دام ظله واختلف في
ايهما اسوأ حالا فقيل الفقير للابتداء بذكره الدال على الاهتمام ولقوله تعالى اما
السفينة فكانت لمساكين ولتعوذ النبي صلى الله عليه وآله من الفقر وسؤاله المسكنة
وقيل المسكين للتأكيد به ولقوله تعالى او مسكينا ذا متربة **اقول** اتفق الكل
على ان الفقراء والمساكين اشتركا في موجب الاستحقاق وهو وصف عدمي عدم
ملكة وهو من لا مال له يكفيه وعياله الفقراء الواجبي النفقة عليه لو كان غنيا
ولا اقدر على كسبه لقوله عليه السلام لا صدقة على غني ولا ذي مرة سوي وعلى ان
احدهما اسوأ حالا من الآخر بمعنى انه لا مال له ولا كسب يقع موقعا من حاجته
لكنه لا يكفيه فقيل الاول الفقير من الفقر كانه اصيب فقاره قال الجوهري رجل
فقير من المال والثاني المسكين من السكون كأن العجز اسكنه وقال الاصمعي المسكين
احسن حالا من الفقير وهذا اختيار الشيخ في الجمل والمبسوط وابن حمزة وابن
ادريس وقيل الاول المسكين والثاني الفقير الذي له بلغة من الكيس والمسكين

[illegible]

قوله

الذي لا شيء له ونقل ابن الزكي انما الفقير الذي كانت حلوبته وفق العيال فلم تترك له سبد
وهو اختيار الشيخ في النهاية والقيد وابن الجنيد وقد ذكر المصنف دليل الفريقين
وفي الحصر نظر فان الاستعمال الدال على الحقيقة مع الاطلاق اما مع التقييد
بوصف يصلح ان يكون قرينة للمجاز فلا وهنا قيد المسكين بكونه ذا متربة فجاز كونه قرينة
ارادة الفقير مجازا واجاب والذي عنه بان المجاز خلاف الاصل وهذا
البحث ليس من علم الفقه بل بحث لغوي **تنبيه** الكسب المانع هو ما يليق بحاله
ومؤونته اذا لم يكن مشغولا عنه باشتغاله بعلم ديني او عمل واجب لا بنفل العبادات ويظهر
فائدة الخلاف فيما اذا اقتصر الغرض على اكثر من واحد فان الافضل لا اسوا حالا في
النذر والوصية والكفارات فان الكفارة لما كثر فان ثبت كون الفقير اسوا لم يتحقق
وان فلا **قال** دام ظله ولو قصر التكسب جاز ان يعطي اكثر من التتمة على راي
اقول هذا هو المشهور لانه مستحق الزكوة ولا تقدير بقدر ولقوله تعالى انما الصدقات
للفقراء والمساكين ويملك احدهما بعض من السنة احتمالا وجه الاستدلال ان جهته
التسوية ذكرت الاية بيانا للمصرف والاصل فيه ان المقصود غنا الفقير وهو لا تقدير
بتقدير بل كلما ازداد كان اولى والمقصود في صورة المكاتب والغارم اداء مال
الكتابة والدين وهو لا يقبل الزيادة والنقصان وقال بعض الاصحاب لا يجوز لان
الزكوة شرعت لدفع حاجة الفقير وهي تحصل بالتتمة ولرواية زرارة ومحمد بن مسلم
الحسنة عن ابي عبد الله عليه السلم قال ان الله فرض للفقراء في مال الاغنياء ما يسعهم ولو
علم ان ذلك لا يسعهم لزادهم علل عدم استحقاقهم الزائد باكتفائهم بالاقتصار وهو
معارض بغير المالك لشيء اصلا **قال** دام ظله الرابع المؤلفة قلوبهم الى قوله
وقيل المؤلفة الكفار خاصة **اقول** الاول قول المفيد وابن ادريس واحتج
الاولون بعموم الاية ولرواية زرارة ومحمد بن مسلم الحسنة عن ابي عبد الله عليه السلم
انه قال انما يعطى من لا يعرف دينه ليرغب في الدين فبنت عليه الحديث علل بالرغبة
في الدين والنص على العلة يقتضي التعدي **احتج** الاخرون بان الزكوة مودة
لانها معونة وارفاق وكل مودة للكافر منهي عنها حرام لقوله تعالى لا تجد قوما
يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حاد الله ورسوله خرج اعطاء المقاتل اجماعا
فيبقى الباقي على الاصل ولعموم الاخبار الدالة على منع اعطاء الكافر وقال ابن
الجنيد

الجنيد المؤلفة هم المنافقون **قال** دام ظله والاقرب جواز الاعتاق من الزكوة
وشراء الاب منها **اقول** وجه القرب شمول قوله تعالى وفي الرقاب لذلك بل هو ظاهر
فيه فان الرقبة اذا اطلقت انصرفت اليه ولقوله تعالى فتحرير رقبة وتعدد الاية في
اعتاق الرقاب والانا اعتاق للرقبة فجاز صرف الزكوة فيه كدفعه في الكتابة وهذا
اختيار المفيد وابن ادريس وشرط بعض الاصحاب عدم المستحق لرواية عبيد
بن زرارة قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن رجل اخرج زكوة ماله الف درهم
فلم يجد لها موضعا يدفع ذلك اليه فنظر الى مملوك يباع فاشتراه بتلك الالف درهم
التي اخرجها من زكوته فاعتقه هل يجوز ذلك قال نعم قلت هو معارض بعموم الاية
وقول الصادق عليه السلم وقد سئل عن الرجل يشتري مملوكا مؤمنا من ماله فيعتقه
ثم قال عليه السلم في هذا الحديث بعد كلام وان اشترى رجل اباه من زكوة
ماله فاعتقه فهو جائز وقد ذكرنا غير مناف وقال الشيخ يختص بالمكاتب و
العبد تحت الشدة لقول ابي عبد الله عليه السلم لما سئل عنه اذا ظلم قوما اخرين
الا ان يكون عبدا مسلما في ضرورة فيشتريه ويعتقه ويحتمل ضعيفا عدم جواز العتاق
للاب من الزكوة اما اذا لم يكن تحت الشدة فظاهر على قول الشيخ رحمه الله وكان
فيه زكوته عاد اليه فلم يخرج كما لو دفعها اليه واما اذا كان تحت الشدة وكذلك
ايضا **قال** دام ظله والاقوى في المجهول حاله الاستحقاق **اقول** هذا
اختيار ابن ادريس لوجود المقتضي وانتفاء المانع لعدم العلم بحصول المانع والاصل
عدمه ولا يعارض بعدم وجود العلة لان العدم طردي لا يصلح للعلية
ولا جزئها ولقوله تعالى والغارمين فان كان حقيقة فيمن عليه دين مطلقا
وحصص بالمنفق في المعصية فالمطلوب للاكتفاء باصالة عدم المخصص
وان كان حقيقة فيمن عليه دين لا نفقة في معصية فالمطلوب ايضا للاكتفاء
باصالة العدم مع تعلق الشارع على عدمه والايراد احتمال كونه حقيقة في المنفق
في الطاعة للتخلف عنه في المنفق من غير تفريط وانتفاء علة غير العدم و
الشيخ لا تعطى للجهل بالشرط فان الشرط هو الانفاق في الطاعة او الانفاق في
والجهل بالشرط يستلزم الجهل بالمشروط فلا يدفع اليه قلنا بل الانفاق في
المعصية مانع ومع جهله فالاصل عدمه والتحقيق ان مبنى الخلاف ان
الانفاق في المعصية هل هو مانع او الانفاق في الطاعة شرط والاقوى

عندي استحقاقه مع الجهل **قال** دام ظله وفي سبيل الله وهو كل مصلحة كبناء
القناطر وعمارة المساجد واعانة الزائرين ومساعدة المجاهدين وقيل يختص
بالجهاد **أقول** الاول اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف وابن حمزة وابن
ادريس لان السبيل الطريق فاذا اضيف الى الله تعالى افاد الموصل الى الثواب
والامر بالكلي الطبيعي يخير بين الجزئيات والثاني مذهب الشيخ في النهاية
والمفيد وسلار لانه المفهوم عند الاطلاق **قال** دام ظله وفي اعتبار
العدالة قولان **أقول** اشترط الشيخ والمرتضى وابن حمزة العدالة في غير
المؤلفة لرواية محمد بن عيسى عن داود الصرمي قال سألته عن شارب الخمر يعطى من
الزكوة شيئا قال لا ولا دليل بالفرق وهي مقطوعة ومنعه ابنا بابويه وسلار
لعموم الآية وتمسكا بالخلاف ان الفاسق مؤمن اذ لا و اشترط ابن الجنيد مجانبة
الكبائر لان [illegible] ليس بمؤمن لانه يخزى والمؤمن لا يخزى اما الصغرى فلانه يدخل
النار لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وقوله
ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق اثاما
يضاعف له العذاب يوم القيمة ويخلد فيه مهانا ومن يدخل النار يخزى لقوله
تعالى ربنا انك من تدخل النار فقد اخزيته واما الكبرى فلقوله تعالى يوم لا يخزى
الله النبي والذين آمنوا معه ومنع كليتنا الكبرى **قال** دام ظله والحرية
على اشكال **أقول** شرط الشيخ في المبسوط في العامل الحرية لانه ولاية
على الاحرار والعبودية تقتضي ان يكون محكوما عليه ومولى عليه فلا يتحقق ولانه
ولان العامل ملك لانه تعالى اضاف الى الفقراء والمساكين بلام التمليك وشرك
معهم العاملين بواو العطف ولا شيء من العبد يملك لما يأتي وجوزه والدي المصنف
دام ظله في المختلف لانه نوع استيجار **المقصد الخامس** في كيفية الاخراج
وفيه مطالب **الاول** في الوقت **قال** دام ظله ولا يكفي العزل على رأي **أقول**
وجوب الزكوة على الفور مع القدرة لانه تعالى ولي الفقراء لقوله تعالى انما وليكم
الله ورسوله والذين آمنوا وقد طلبها بعد وجوبها لقوله تعالى وآتوا الزكوة
وكل حق حال يطالب [illegible] طلبه ولي يحرم على من عليه التأخير كالدين ولوجود حاجة
الفقير المقتضية للطلب وقال الشيخ في المبسوط يجوز بعد العزل تأخيرها
شهرا او شهرين ورواه عن يونس بن يعقوب في الموثق عن ابي عبد الله عليه
السلام

السلام حين سئل عن تأخيرها اختيارا انه قال اذا حال الحول فاخرجها من مالك
ولا تخلطها بشيء واعطها كيف شئت الحديث وعن حماد بن عثمان عن ابي
عبد الله عليه السلام قال لا بأس بتعجيل الزكوة شهرين وتأخيرها شهرين والاقوى
اختيار والدي واكثر الاصحاب انه لا يجوز لما تقدم وما رواه الشيخ
في الحسن عن عمر بن يزيد قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يكون
عنده المال ايزكيه اذا مضى عليه نصف السنة قال لا ولكن حتى يحول
عليه الحول ويحل عليه انه ليس لاحد ان يصلي صلاة الا لوقتها وكذلك الزكوة
ولا يصوم احد شهر رمضان الا في شهره الا قضاء وانما تؤدى اذا حلت
وحتى لانتهاء الغاية جعل غاية التزكية حلول الحول فلا يجوز بعدها
لان حكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها ولانه شبهها بالصلاة ولان الا اذا
وردت عقيب النفي افاد الحصر وهو ينافي التقديم والتأخير ولانه سوى بين الزكوة
والصلاة بقوله وكذلك في الوقت فلا يجوز التقديم والتأخير قضية للمساواة
قال دام ظله ولا يجوز تقديمها فان فعل كان قرضا لا زكوة معجلة على رأي
أقول يريد البحث عن تعجيل الزكوة وتحريره ان تعجيل الزكوة المالية يشترط فيها
الحول بعد تمام النصاب وانعقاد الحول عليه وهو على حال يتعلق به الزكوة
مع اشتراط اجتماع شرائطها عند نهاية الحول خاصة عن حول واحد قبل
تمام الحول فيه الخلاف بين الاصحاب فقال والدي المصنف والمفيد والشيخ في
المبسوط والمرتضى وابن الجنيد وابنا بابويه لا يصح لان زرارة سأل ابا جعفر
عليه السلام ايزكي الرجل ماله اذا مضى ثلث السنة قال لا ايصلي الاولى قبل الزوال
دل على التشبيه في المنع والا لم يطابق الجواب السؤال وذهب ابو الصلاح وابن
ابي عقيل الى جواز تقديمها لان الصادق عليه السلام سئل عن الرجل يحل عليه
الزكوة الا في المحرم فيعجلها في شهر رمضان فقال لا بأس والجواب الحمل
على القرض جمعا بين الادلة واعلم ان الضابط في هذا الباب وامثاله ان
كل حق مالي يتعلق بسببين يتقدم احدهما على الآخر ينبغي تعجيله اذا اراد
بعد السبب الاول قبل وجود السبب الاخير واعلم ان قول المصنف وان
فعل كان قرضا معناه انه اذا اراد تقديم الزكوة دفع ذلك القدر

[illegible]

قرضا الى الفقير ثم حسبه عند الحلول بالنية من الزكوة مع بقاء الشرائط قال
كلام ظلّه والقول قول المالك في قصد التعجيل اذ ذكر مع اليمين على اشكال
ينشا من ان المرجع الى نيته وهو اعرف ومن اصالة عدم الاشتراط ولغلبة
الاداء في الوقت اقول الاشكال في تقديم قول المالك فيهما او بعضه انه
لا جهة لهذا الدفع الا الصدقة وصحتها نية وشرط ملك الفقير النية والمرجع
عنده فيها اليه ولانه عين له من ظن ان عليه دينا فظهر العدم والاصح عند
الثاني لانه يدعي خلاف لفظه الصريح فلا يقبل منه قال كلام ظلّه ولو لم
يذكر التعجيل وعلم الفقير ذلك وجب الرد مع الطلب ولو انتفى العلم فالاقرب
عدم الرجوع اقول لانه ملكه اياها باعطائه صدقة والاصل عدم التقييد
وهو خلاف الظاهر فانا لا نعلم الاداء في الوقت ولو كانت نافلة فللمالك سلطه
على اتلافها بغير عوض فكان كمن قدم طعاما لغيره الى غيره فاكله جاهلا ويحتمل
جوازه لعدم وقوع المعين لانه المقدر ولا عينه لانه غير منوى المطلب الثاني
في المخرج قال كلام ظلّه فان طلبها تعين فان فرقها المالك حينئذ اثم وفي
الاجزاء قولان اقول اذا طلب الامام الزكوة من يجب عليه يجب دفعها اليه اجماعا
لقوله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم ولو اخرجها
بنفسه قيل لا يجزي اختاره الشيخان وابو الصلاح وابن البراج والاكثر القائلين
بوجوب دفعها الى الامام ابتداء لان الامر بالشيء يستلزم النهي عن ضده والنهي
في العبادات يدل على فساد المنهي عنه وقيل يجزي لانه دفع الى مستحقها ولان
الامام انما طلبها لايصالها الى المستحق وعين لازمة له قال كلام ظلّه
ودعاء الامام عند القبض على حد الى اقول اجمعت الامة على رجحان دعاء
الامام او الساعي عند قبض الزكوة لما للكهائم اختلفوا في مقامين
الوجوب فاختاره والدي المصنف والشيخ في المبسوط وموضع من الخلاف الاستحباب
لان النبي عليه السلام لما بعث معاذا الى اليمن قال له اعلمهم ان عليهم صدقة توخذ
من اغنيائهم فترد في فقرائهم ولم يذكر له الدعا فلو وجب لزم تاخير البيان عن
وقت الحاجة وقال في باب الزكوة من الخلاف بوجوبه لقوله تعالى وصل عليهم ان
صلوتك سكن لهم وصيغة افعل للوجوب ثم علل بانها لطف للمكلفين
ان

[illegible marginal note] الصالحاتم

أن وفعل الالطاف لمتعلق بالنبي وانحصر فلذا الامام لعدم الفارق ولقوله
استغفرن نحبكم الله قالوا المراد الاستحباب لانه اداء واحتمال الخ
ان يدعا له بنيته كالصلاة ولعدم وجوبه على الفقير فعلى الاستحباب ولى ب
هل يدعوا بلفظ الصلاة او الدعاء اجمعت الامة على جوازالثاني والامامية
على جواز الاول لفعله عليه السلم فانه لما اوتي ابو اوفي بزكوته وزكوة
اصحابه قال النبي صلى الله عليه وآله اللهم صل على ابي اوفي وعلى آل ابي
اوفي قالوا مختص بالنبي فله الانعام على غيره قلنا نمنع الاختصاص
كيف وقد قال تعالى الذين اذا اصابتهم مصيبة قالوا انا لله وانا اليه راجعون
اولئك عليهم صلوات من ربهم ورحمة ولفظ الصلاة من الله الرحمة والالفاظ
المترادفة يجوز اقامة بعضها مقام بعض قالوا عادة السلف تقرير على
الانبياء قلنا العادة ليست حجة خصوصا مع مخالفة القران واما
علي عليه السلم فنفس الرسول النبي بقوله تعالى وانفسنا وانفسكم وقوله
عليه السلم نفسك يا علي نفسي فصح عليه لفظ الصلاة كما صح على النبي
المطلب الثالث في النية قال كلام ظلّه ولو قال ان كان مالي
الغائب سالما فهذه زكوته فبان تالفا فنفى النقل الى غيره اشكال
اقول قال الشيخ في المبسوط لا يجوز نقله الى غيره لانه وقت النية فلا
فاته هذا التعليل لفظه رحمه الله وقيل يجوز نقله لفوات الشرط المعلق
عليه ملك الفقير وفوات الشرط يقتضي فوات المشروط والتحقيق وان
نقول اما ان يكون العين تالفة او باقية وعلى كل حال لا يتعدر فاما
ان يكون الفقير قد سمع هذا الشرط اولا فالاقسام اربعة أ ان يكون عين
الزكوة تالفة ولم يكن الفقير قد سمع هذا الشرط فلا شك في عدم جواز
نقله لعدم ضمان الفقير انتفاء جهات القبض غير الصدقة والصدقة
لا يتعقبها الضمان ولانه خرج ومنافى لغاية الصدقة فانها دفع لحاجة
الفقير وهذا علة في حاجة الفقير ولا باحة المالك بغير عوض لذي
فلا وجود لهذا القدر في الخارج ولا في الذمة ب ان لا يكون تالفة وقد

يمنع هذا الشرط فهل يجوز له التصرف قبل علم السلامة وعدمها قيل لا لان الجهل
بالشرط يستلزم الجهل بالمشروط وقيل بلى لاصالة البقاء فعلى الاول يضمن
فيجوز النقل لانه دين في ذمة فقير وعلى الثاني لا يضمن ط اشغل جـ ان
يكون عينها باقية وقد منع الفقيه هذا الشرط فيجوز نقلها د ان يكون العين
باقية ولم يمنع الشرط بالرابع فهل يقتضي على كل تقدير في نفس الامر قيل نعم لانه نوى
الصدقة والنوع الخاص منها ولا يلزم من انتفاء الخاص انتفاء العام ولانه
لم يوقعها باطلا والحق لا لانه تعالى جعل في نفس الامر لان
لان المطلق لا يوجد الا في احد افراده وانتفاء الكل عين زكوة هذا المال
وقد بان بطلانها لانتفاء الشرط وهو الملك في التحقيق هذه المسئلة قال
دام ظله ولو فقدت نية احدهما لم يجز على اشكال اقربه الاكتفاء بنية الوكيل
اقول وجه القرب انها عبادة تقبل النيابة فيقبل فيها كالحج اذ النية
تابعة وقد ثبت قارنت الفعل فاجزأت ولان المقصود الاظهر من الزكوة اخراجها
وسد خلات المستحقين بها ولذلك جازت النيابة فيها مع القدرة على المال
ويحتمل عدمه لان المكلف هو المالك ولم ينو وقال عليه السلم ليس للمؤمن عمله
الا ما نواه وقال الشيخ الطوسي في المبسوط يجزى نية كل واحد منهما
لو انفردت اما نية الوكيل فلما تقدم واما نية الموكل فلحصول الغرض الاقصى
من الزكوة وهو دفع حاجة المحتاجين ووجود النية من حال تعينها لانها
بالدفع الى الوكيل مع النية تتعين فكانت مقارنة للدفع الى الامام وفيه
نظر لان الوكيل ليس نائبا عن الفقير بل يده يد الموكل ومع كون وقت
النية هو حين تعينها بل هو وقت الدفع الى الفقير والشيخ بنى قوله على
ان عزل الزكوة فانه يجوز وتعين به ودفعها الى الوكيل كالعزل بل اقوى
لانه اخراج لها عن يده ولان العزل بالنية والالم لتعذر العادة للواحد للجب
لها بتان والتحقيق انه كلما قارنت نية المالك الدفع الى الفقير اجزأت سواء
نوى الوكيل او لا وان قرنت نية المالك وقارنت نية الوكيل اجزأت لما قررنا
وان قارنت نية الموكل الدفع الى الوكيل وقارنت نية الوكيل الدفع الى الفقير
فان قلنا باجزائها منفردة اجزأت هنا قطعا والا فالاحتمال متوجه
لان

ما يعطى لكل واحد كلما يعطى الفقير ... اذا نوى الدفع الى كل واحد لاجزأ

ان الوكيل اذا لم يكن نائبا عن الفقير بوجه ولا تجرى نية المالك حال التعين بل حال
حال الدفع الى الفقير ووجودها كالعدم فقوله ولو وكل ونوى حينئذ ونوى الوكيل
حال الدفع اجزأ فيه نظر قال دام ظله واقل ما يعطى الفقير عشرة قراريط
او خمسة دراهم على راى احسنه استحبابا اقول الاول قول المفيد والشيخ الطوسي
لقول الصادق عليه السلم لا يعطى احد من الزكوة اقل من خمسة دراهم وهو اقل
ما فرض الله من الزكوة وذهب السيد المرتضى وابن ادريس الى عدم تحديد القلة
بل اقل ما يتملك وهو الاقوى عندي لقوله تعالى انما الصدقات للفقراء الآية
وهو عام في كل صدقة اذ الجمع المعرف باللام للعموم فلما يجب في الاول كنصف دينار
او خمسة دراهم يستحقه الثمانية اصناف فيجوز تفريقه عليهم بان يعطى كل واحد
اقل ما يتملك وهو المطلوب ولان الآية انما لبيان المصرف او للتمليك وايما كان
يثبت المطلوب وقال ابن الجنيد اقل ما يعطى درهم وقال الصدوق يجوز ان يعطى
الرجل الواحد الدرهمين والثلاثة ولا يجوز في الذهب الا نصف دينار وكلا المصنف
اختار مذهب السيد وحمل مذهب الشيخ استحبابا جمعا بين الادلة قال
دام ظله ولو فقد وارث المستحق من الزكوة ورثه الامام على راى اقول
ذهب الشيخ وابنا بابويه وابن ادريس الى ان ميراثه لارباب الزكوة لانه
اعتق من مالهم فكان ولاؤه لهم ونقل المصنف في المختلف عن بعض علمائنا الاول
وهو كونه للامام لانه احد مصارف الزكوة فيكون سائبة وهو اولى قال دام
ظله واجرة الكيال والوزان على المالك على راى اقول هذا قول الشيخ في
المبسوط والمصنف في المختلف لوجوب ما يتوقف عليه الواجب وتوقف الدفع عليه
ولثبوتهما على البائع في البيع وقال في موضع آخر من المبسوط يكون على الفقراء
لانه لمصلحتهم وتخليص مالهم ولعدم الدلالة على وجوبها زائدا على الزكوة
قال دام ظله وفي تعلق الزكوة بالعين احتمال الشركة الى آخره اقول
الزكوة تتعلق بالعين باجماع الامامية تخيير المالك الفقير بالفعل لقول النبي
عليه السلم في اربعين شاة شاة فاما ان يملك نفس بعض العين او لا والثاني
يملك ما يتعلق بالعين متعلقا بالذمة نوعا من التعلق والا لم يكن الزكوة
متعلقة بالعين هذا خلف فاما ان يكون مع تعلقه بالعين متعلقا بالذمة

نوعًا ما من التعلق او لا بل المتعلق بالذمة وجوب الاخراج لا غير فهذه ثلثة انواع
من التعلق فالاول يسمى تعلق الشركة بتسمية الكلي باسم جزئي من جزئياته والثاني
يسمى تعلق الرهن لذلك والثالث يسمى تعلق ارش الجناية برقبة الجاني لذلك وانما
عبر عن هذه الكليات باسماء جزئياتها لتعذر لفظ مختص بكل واحد واما البحث
عن هذه الانواع لاختلاف خواصها وتختلف بذلك احكامها ولا مشاححة للفقيه
في كون هذه انواعًا او اجناسًا او لوازم تعدد معرفتها بخواصها ومعرفة احكامها
ومخالفة تعلق الزكوة لباقي اصناف كل نوع يوجب لا ينافي اندراجه تحت ذلك النوع
وكونه تعلقا برأسه لا ينافي اندراجه تحت احد الانواع المذكورة وقد ذكر
المصنف والذي وجه كل قول وهو استدلال بوجود خاصة الشيء او اثره
عليه والخلو من نظر واورد على الشركة عدم ملك الفقير لو نتجت الاربعون
قبل اداء الزكوة وبعد الحول ويتفرع على ذلك لو بلغ المال الكل النصاب قبل
اداء الزكوة وقد ذكر المصنف حكمه فلا نطول بذكره قال دام ظله ولو
ادى المالك من غيره فلا خيار لزوال العيب ويحتمل ثبوته لاحتمال استحقاق
المدفوع فيتبع الحكمي التابع للمال اقول ذكر المصنف لوجهين والاولى
عندي الاول لان حق الفقراء يزول بالاداء ويستقر ملك المالك على العين
والتحقيق ان هذا الوجوب هل هو متعين في القيمة او العين او ثبوت ولاية
له على تملك العين بالقيمة فعلى الاول يثبت الاول وعلى الثاني يحتمل اما لما
ذكره المصنف في الباب الثاني في زكوة الفطرة قال
دام ظله ولو مات قبل الهلال فلا زكوة على الوارث ولا على غيره الا ان يعوله
احدهما والاقرب الوجوب على الوارث اقول اذا مات مالك العبد قبل الهلال
وعليه دين يستغرق التركة وكانت مؤنة العبد من كسبه او من التركة ففي
فطرة العبد هنا قولان احدهما قول الشيخ رحمه الله بسقوط الفطرة وقال
والذي المصنف دام ظله يجب على الوارث ومنشاء القولين ان التركة
المستغرقة بالديون هل تبقى على حكم مال الميت ولا تنتقل الى الوارث او تنتقل الى
ملكه وتتعلق بها الديون كالرهن والاقرب الاول لقوله تعالى من بعد
وصية يوصى بها او دين هذه البعدية بالزمان فقبل اداء الدين لا ينتقل
للوارث

الى الملك
الى الوارث وقال شيخنا هذا اختيار تقدير فالتام من تحد ووصينا الى آخر لا يحاله
وجود ملك بلا مالك فدلنا العقل على هذا الاختيار واذا ثبت الملك والميت ليس
عدا لك قطعا ولا الديان ولا غير الديان والوارث متعين للوارث قال دام ظله
ولو قبل الوصية بالعبد بعد الموت قبل الهلال فالزكوة عليه ولو قبلها بعده سقطت
وفي الوجوب على الوارث اشكال اقول البحث هنا اذا كان العبد من كسبه
وهذه المسئلة تبنى على اصلين آ القبول هل هو كاشف عن ملك الموصى له بالموت
او سبب مملك له فعلى الاول لا زكوة على الوارث قطعا وعلى الثاني يبنى على
الاصل الثاني ب اذا قلنا ان القبول مملك فهل قبله يبقى على حكم مال الميت
او ينتقل الى الوارث فعلى الاول لا يجب على الوارث قطعا
وعلى الثاني يكون على الوارث والبحث عن هذين الاصلين ياتي في موضعه واما
السقوط عن الموصى له فعلى كون القبول مملكا ظاهر وعلى كونه كاشفا فلاستحالة
تكليف الغافل عندنا قال دام ظله ولو كان الزوج معسرا اوجبت نفقتها
دون فطرتها والاقرب وجوبها عليها اقول من وجبت زكوته على غيره على
تقديرين احدهما ان يكون من وجبت عنه ليس اهلا لوجوبها عليه كالعبد
والقريب فانه يشترط فيه الفقر وحينئذ يمتنع ان يجب عليه زكوة الفطرة والثاني
كالزوجة الموسرة والبحث هنا في القسم الثاني وهو انه لو كان الزوج معسرا
والزوجة موسرة استقرت نفقتها عليه لانها عوض دين ولا يشترط في
وجوبها اليسار بل في ادائها بخلاف فطرتها فانها عبادة يشترط في وجوبها اليسار
فلا تجب على الزوج وهل تجب عليها ام لا قولان آ قول المصنف وابن ادريس بالوجوب
عليها ب قول الشيخ انه لا تجب عليها بل تسقط عنها وعنه وقال والذي
في منتهى المطلب مبني هذه المسئلة على ان من وجبت زكوته على غيره وكان
اهلا لوجوبها هل يلاقي الوجوب من وجبت عنه ثم يتحمل من وجبت عليه
عنه او يكون ابتداء على من وجبت عليه ولا يلاقي الوجوب من وجبت عنه ابتداء
فيحتمل الاول لقوله تعالى قد افلح من تزكى ومن للعموم وفيها معنى الشرط
فكل من لم يتزك لم يفلح لانتفاء المشروط بانتفاء الشرط ولما روي عن النبي
عليه السلام زكوة الفطرة على كل ذكر وانثى لكن دلت الاحاديث والاجماع

الاما مبنية على وجوبها عليه عن من يعوله ووجه الجمع ما ذكرنا ويحتمل الثاني لقول
الباقر والصادق عليهما السلم لما سئلا عن زكوة الفطرة قالا صاع عن
الصغير والكبير والذكر والانثى والبالغ ومن يعول في ذلك سوا والمساواة
تقتضي العموم لما تقرر في الاصول فكما تجب عليه فطرته ابتداء وفطرة الصغير
فكذا فطرة من يعوله وهو هنا الزوجة لان من للعموم اذا تقرر ذلك فنقول
على القول الاول تجب عليها لان الزوج ليس اهلا للتحمل ووجود القابل شرط
فبقي الاصالة عليها وعلى الثاني تسقط عنها وكذا في الحرة الموسرة زوجة العبد
ويتفرع على هذا الاصل الذي قررناه انه لو اخرجت زوجة الموسر عن نفسها فعلى
الاول لم يجز وعلى الثاني يجزي واشار اليه المصنف بقوله لو اخرجت زوجة الموسر
عن نفسها الى آخره قال دام ظله ولو وقعت مهاياة بين المتحرر بعضه وبين مولاه
فوقع الهلال في نوبة احدهما ففي اختصاصه بالفطرة اشكال اقول
ينشأ من ان مقصود المهاياة التفاصل والتمايز فكل يختص بما يقع في نوبته
من الغنم والغرم ويحتمل عدمه لعدم خروجه بالمهاياة عن الشركة لانها
قسمة المنافع فلا يتحقق فيه في الحقيقة مراعاة غير لازمة قال دام ظله
ثم ان عزلها وخرج الوقت اخرجها واجبا بنية الاداء والا قضاها على راي
اقول الخلاف هنا يقع في موضعين آ وجوب الاخراج واختاره الشيخ
وابن الجنيد وسلار وابن ادريس واكثر الاصحاب لعدم اتيانه بالمامور به
فيبقى في عهدة التكليف ولانه حق ثابت للفقراء فلا يسقط بخروج وقتها كالدين
المؤجل وزكوة المال وذهب المفيد وابنا بابويه وابو الصلاح وابن البراج الى
سقوطها لعدم اقتضاء الامر الموقت الفعل بعده مع الاخلال فيه لما تقرر
في الاصول ب انها تكون قضاء قاله الشيخ وسلار لان العبادة الموقتة اذا
فعلت خارج الوقت تكون قضاء وذهب ابن ادريس الى انها تكون كالدين وزكوة
المال قال دام ظله ويخرج من غيرها بالقيمة السوقية من غير تقدير على راي
اقول هذا مذهب الاكثر ونقل عن بعض علمائنا انه مقدر بدرهم وعن آخرين
انه مقدر باربعة دوانيق قال المصنف في المختلف ولم نقف في ذلك على
فتوى وانما اورد الشيخ في الاستبصار رواية اسحق بن عمار عن

عن الصادق عليه السلم لا باس ان يعطي قيمتها درهما ثم قال وهذه رواية شاذة
والاحوط ان يعطي قيمة الوقت ثم قال وهذه رخصة من علمها لم يكن ما توهمناه هذا آخر قوله
فلو لم يجز عنده لكان ما توهمناه وهذا ليس بتوهم قال دام ظله ويجزي من اللبن
اربعة ارطال بالعراقي على راي اقول الخلاف هنا في موضعين آ اجزاء الاربعة
ارطال من اللبن وهو اختيار الشيخ وابن ادريس وكثير من الاصحاب لقول ابي
عبد الله عليه السلم لما سئل عن رجل في البادية لا يمكنه الفطرة تصدق باربعة
ارطال من اللبن وفي السند ضعف وهو مرسل وذهب المفيد والسيد المرتضى وابن
الجنيد وسلار وابن البراج وابو الصلاح وابن زهرة والشيخ في الخلاف الى عدم اجزاء
الا بصاع ووجوب صاع واختاره المصنف في المختلف للامر باخراج الصبر للائمة وانما
يتحقق بالصاع ولقول الصادق عليه السلم او صاع من اقط ب الارطال هنا العراقية
خلافا للشيخ في المبسوط وابن ادريس وابن حمزة قال دام ظله والاقرب في
الجبن والسمن والمخيض القيمة اقول وجه القرب انفراد الجبن والسمن باسم
مغاير للبن وعدم استعماله فيهما حقيقة وفي المخيض لعينه ويحتمل الاجزاء
لصدق اللبن على المخيض والجبن لبن مجمد والسمن انفع قال دام ظله ولو
اختلف قوت مالكي عبد جاز اختلاف النوع على راي اقول هذا قول الشيخ
في الخلاف ومنعه في المبسوط والاولى الاول لان كل واحد مخير في الخاص
قال دام ظله والاقرب جواز اخراج المختلف مطلقا اقول وجه القرب
ان المطلوب شرعا اخراج الصاع المرئي وتعين احد الخاص بعينه ليس مطلوبا
للشارع والا لما جاز التخيير ولان التخيير واقع في الجميع فكذا في ابعاضه
للمساواة في المالية المطلوب بها دفع حاجة الفقير ولصدق الجنس كل منها فلا يخرج
وذهب الشيخ وقطب الدين الكيدري الى عدم الجواز مطلقا للنص على وجوب الصاع
وتردد فيه بين الخاص ومع التبعيض لا يعد من احدها قال دام ظله
الباب الثالث في الخمس ما يوجد في جوف السمكة من غير
احتياج الى التعريف والاقرب اشتراط عدم اثر الاسلام اقول لو كان عليه اثر
الاسلام كان لقطة ووجه القرب انه ملك محترما لكنه ويجب تعريفه ولوجود
المقتضي في الدابة المستفاد من النص ويحتمل عدم الاشتراط للاطلاق للاصحاب

ولو ما لكا للآخر عنه بوقوعه في البحر وابتلاع السمكة له لانه كالمحتسب والاقوى عندي
انه لو لجميع واطلاق الخبر وانه كلام الاصحاب يقتضي احتياج على الملك
الى النية قال دام ظله ولو وجده في دار الاسلام وان عليه اثر الاسلام فلقطة وان
كانت مواتا او عامرة اقول هذا قول الشيخ في المبسوط لانه مال ضايع عليه
اثر ملك المسلم وجد في دار الاسلام فيكون لقطة كغيره وذهب في الخلاف
وابن ادريس الى انه لواجده لعموم النص على ان ما وجد في بادية فهو لواجده
يخرج منه الخمس لعموم القرآن والاخبار الواردة في اخراج الخمس من اللقطة
والتخصيص يحتاج الى دليل وليس يجد لوجوده وهو ان التصرف في مال الغير
بغير اذنه قبيح عقلا وقد تقدم وجود اثر المالك تحت قوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم
بينكم بالباطل قال دام ظله ولو اختلف مستأجر الدار والمالك في ملكية
الكنز فتقدم قول المالك مع اليمين على اشكال اقول وجهه تقدم قول المالك
ان الدار له كتابة شهادة الظاهر وهنا قول الشيخ في المبسوط ويحتمل تقديم قول
المستأجر لانه مال مودع في الارض وليس منها فتقدم قول من يده على الارض كما
في الغار قال دام ظله والنصاب عشرون على راي اقول اشترطه الشيخ
في النهاية والمبسوط وابن حمزة والمصنف لقول ابي الحسن عليه السلم ليس فيه شيء حتى
يبلغ ما يكون في مثله الزكوة عشرين دينارا وذهب الشيخ في الخلاف والاقتصاد
وابن البراج وابن ادريس الى عدم الاشتراط واطلق ابن الجنيد وابن ابي عقيل والسيد
المرتضى والمفيد قال دام ظله ويعطى من انتسب بابيه خاصة دون امه خاصة
على راي اقول ما اختاره هنا مذهب الشيخ في المبسوط والنهاية وابن حمزة
وابن ادريس لانه انما يصدق الانتساب حقيقة على من انتسب بالاب دون الام خاصة
ولقول ابي الحسن عليه السلم ومن كانت امه من بني هاشم وابوه من ساير قريش فان الصدقة
تحل له وليس له من الخمس شيء لان الله تعالى يقول ادعوهم لابائهم وذهب المرتضى الى
استحقاقه لقوله عليه السلم هذان ابناي والاصل في الاطلاق الحقيقة والاصح
الاول قال دام ظله وفقر اليتيم على راي اقول ذهب الشيخ وابن ادريس الى
عدم اشتراط الفقر في اليتيم للعموم ولاقتضاء العطف المغايرة ولان
اعتبار

اعتبار الفقر يقتضي تداخل الاقسام والجواب انه عوض الزكوة وكما ان الزكوة
مصارفها المحاويج فكذا العوض لاختصاص المصنف بانه جبر لهم بنسبة عوض الزكوة
ولا يليق بالغني قال دام ظله للامام قابض المقبوض على الكفاية للطوائف
مع الاقتصاد وعليه المعوز على راي اقول هذا اختيار الشيخين وابن البراج
وسلار لقول ابي الحسن الاول عليه السلم فان فضل عنهم شيء يستغنون عنه فهو للوالي
وان عجز او نقص كان على الوالي ان ينفق من عنده بقدر ما يستغنون به وانما صار
عليه ان يمونهم لان له ما فضل عنهم وقال ابن ادريس لا يجوز له ان اخذ فاضل نصيبهم ولا
يجب عليه الا اكمال ما نقص لهم لقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول
ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل والتفصيل قاطع للشركة فجعل النصف للامام
عليه السلم والنصف الآخر للاصناف الباقية والخبر الحجة التصرف في مال غيره ولان
الزيادة على النص نسخ فقولهم يستلزم نسخ القرآن بخبر الواحد

كتاب الصوم

وفيه فصول الاول في النية قال
دام ظله والنذر المعين على راي اقول ذهب الشيخ في المبسوط والجمل
والخلاف الى اشتراط نية التعيين في النذر المعين وعدم الاكتفاء بنية
القربة لانه زمان لم يعينه الشارع في الاصل للصوم فافتقر الى التعيين كالنذر
المطلق وذهب السيد المرتضى وابن ادريس الى عدم اشتراط نية التعيين و
الاكتفاء بنية القربة لانه زمان تعين للصوم فكان كرمضان ولان
التعيين يراد للتمييز بين الفرض والنفل والزمان متعين للفرض فلم يفتقر
الى التعيين ولهذا لا يفتقر رمضان الى التعيين ولانه نوى الصوم الواجب
عليه في هذا اليوم ولا شيء من غير النذر بواجب عليه في هذا اليوم فيكون قد نواه
ولقوله عليه السلم لكل امرئ ما نوى واذا نوى الصوم الواجب عليه في هذا
اليوم صح لذلك والاقوى عندي وجوب التعيين قال دام ظله ولو نذر الصوم
عوضا عن قضاء رمضان نفى الاكتفاء بالاطلاق نظر اقول منشأه انه تعين
بالنذر لحصر وقوع غيره فيه وعدم جواز الحنث عنه ومن عدم تعيينه بالاصل
واما النذر فان الوجوب سابق على النذر وهو يقتضي وجوب التعيين في النية والاصل
بقاء ما وجب والنذر لا يقتضي سقوط ما ثبت وجوبه قبله ولان قضاء رمضان وجوبه

من حيث هو قضاء قبل النذر وبعده سواء وانما افاد النذر فوريته
مع بقاء صلاحية ما بعده من الاوقات له كابتداء وجوبه لعدم صيرورته
قضاء بتركه واطلاق الاصحاب ان قضاء رمضان يجب تعيينه بالنية
والتحقيق ان هذا يبني على تفسير المعين فان عني به الزمان الذي اذا
فات صار قضاء لم يكن معينا وان عني به الزمان الذي يجب صومه ولا
يجوز التاخير عنه كان معينا والاصح عندي انه لا يتعين بذلك لان
الوقت المعين لم يجعل سببا للوجوب ولا تتحقق هنا وجوب فوريته هنا
كالحج واما قيد بقوله غدا لانه لو نذر يوما بعده لم يتعين قطعا لجواز تقديمه
عليه **قال** دام ظله وفي النفل قولان اقربه العدم **اقول** هذا القول نقله
الشيخ في ... خلافه عن بعض اصحابنا وقال المرتضى وابن ادريس يجوز تجديد
النية في النافلة الى بعد الزوال وقال ابن حمزة وان نسي النية في صوم نافلة جدد
بعد الزوال الى ان يبقى من النهار ما يبقى الصائم فيه ممسكا والاصح عندي انه
لا يصح بعد الزوال **قال** دام ظله والمحبوس الجاهل بالاهلة يتوخى شهرا
فيصومه متتابعا فان افطر في اثنائه استأنف على اشكال ولا كفارة **اقول**
ينشأ من وجوب الصوم متتابعا وعدم الجزم بانه رمضان فيه ونحن ان رمضان
اذا افطر فيه فلا يستأنف واتفاقا فهو في نفس الامر اما رمضان او متاخر عنه
او متقدم عليه وعلى كل تقدير لا استيناف وعلى الثالث يستأنف لا لمعتاد
افطار اليوم بل باعتبار تقدمه وهو غير معلوم فلا يجب **قال** دام ظله ولو
قدم النية على الشهر ونسي عندها لم يجزئه على راي **اقول** هذا هو المشهور لان شرط
النية المقارنة والاجزاء مع الذكر وذهب الشيخ في المبسوط والنهاية الى الاجزاء
ان نسي ان يجددها عنده ولا يجزئ مع الذكر كما يجاهد ولانه لو شرط المقارنة
لم يجز تقديمها من العشاء وقال في الخلاف اجاز اصحابنا في نية القربة في شهر رمضان
خاصة ان تتقدم على الشهر بيوم او ايام وقال ابن ادريس لا يجوز مطلقا وهو الاصح
عندي **قال** دام ظله ولا بد في كل ليلة من نية على راي **اقول** قال المرتضى
والشيخان وسلار وابو الصلاح يكفي فيه نية واحدة من اوله لانه كالعبادة
الواحدة احتج المصنف بان كل يوم عبادة تفتقر الى نية ولا يجوز تقديمها
وال

والاجزاء تقديمها على رمضان عمدا والاقوى عندي اختيار قول
المصنف **قال** دام ظله ولو نوى غير رمضان فيه فرضا او نفلا فالاجزاء عن رمضان
نظر **اقول** ينشأ من اختلاف الاصحاب فان الشيخ في المبسوط والخلاف والسيد
المرتضى ذهبا الى الاجزاء لحصول نية القربة وعدم استلزام بطلان المركب بطلان
الاجزاء وذهب ابن ادريس الى الاجزاء مع النسيان لعدم الاعتداد بالنية مع النسيان
والجهل كيوم الشك لا مع العلم لقوله عليه السلام انما لكل امرئ ما نوى **قال** دام ظله
ولو نواه عن قضاء رمضان وافطر بعد الزوال عمدا ثم ظهر انه من رمضان ففي الكفارة
اشكال ومعه في تعيينها اشكال **اقول** منشأ الاول انها ما تنبه على الهتك وكل واحد
جزئي ما نعة الحلول وعدم صحة قضاء رمضان وعدم العلم برمضان فانتفى شرط الكفارة
والاصح عندي انه لا يجب والا لزم احد الامرين وهو اما وجوب كفارة قضاء رمضان
مع عدمه او تكليف الغافل واللازم بقسميه باطل فالملزوم مثله اما الملازمة فلانه اودعي
اما ان يكون الواجب عليه كفارة قضاء رمضان او كفارة رمضان والاول يستلزم
الاول لان قضاء رمضان لم يقع والثاني يستلزم الثاني فانه غير عالم بانه رمضان
فلو كلف به لزم تكليف الغافل واما بطلان اللازم بقسميه فاجماعي عندنا وقد بين
استحالة الثاني في علم الاصول ومنشأ الثاني انه من رمضان مع وجوب الكفارة
بافطاره فيجب كفارة رمضان ومن انه لا يعلم انه من رمضان بل الحكم بكفارته
لا انها مانعة للحلم مع وجوب كفارة فيجب الاول **قال** دام ظله ولو نوى الافطار
في يوم من رمضان ثم جدد فيه الصوم قبل الزوال لم ينعقد على راي **اقول** المفهوم من
كلام الشيخ الانعقاد وصرح بذلك في يوم الشك والاقوى عندي الصحة في يوم الشك
لانه متعبد بتجهيله والا لزم تكليف الغافل والبطلان في غيره لان جزءا من النهار
مضى لم يتعين مع علمه بكونه من رمضان والنية شرط وفقدان الشرط يستلزم
فقد المشروط والصوم لا يتبعض **قال** دام ظله ولو تقدمت نية الصوم
ثم نوى الافطار ولم يفطر ثم عاد الى نية الصوم صح الصوم على اشكال **اقول** ينشأ
من اختلاف الاصحاب فان الشيخ في المبسوط والخلاف ذهب الى الصحة
وذهب ابو الصلاح الى البطلان ومبنى هذه المسألة ما تقرر في علم الكلام من ان
الارادة في الضدين هل يتضادان ام لا فعلى قول الشيخ لا فلا يبطل الصوم لانه
مركب من جزئين الامساك والنية والامساك وجودي لا ينافيه الا فعل ما يك

عنه فانا لم ننف بينة لم ثنائه خصوصاً مع عدم استمرارها ووجود اخرى ضدها
وقال ابو الصلاح يفسد صومه اذا اراد الصدر فيبطل صومه والاقوى عندك البطلان
لان الصوم توطين النفس على الامتناع عما يتعاطاه البارع بالمفطرات وارادة
فعل المفطر تنافي توطين النفس على عدمه لتنافي اللازمين **المقصد الثالث**
في الامساك **قال** دام ظله وعن الحقنة بالمايع وفي الافساد نظر **اقول** نشا
من اختلاف الاصحاب فان الشيخ في بعض كتبه وابا الصلاح والمفيد والمرتضى في
المسائل الناصريات ذهبوا الى الافساد لما رواه احمد بن محمد بن ابي نصر في الصحيح
عن ابي الحسن عليه السلم انه سئل عن الرجل يحتقن تكون به العلة في شهر رمضان
فقال الصائم لا يجوز له ان يحتقن وتعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلية فيكون
بين الصوم والاحتقان الذي هو نقيض المعلول منافاة فيثبت احد المتنافيين
فيلزم نفي الاخر ولان السيد المرتضى نقل الاجماع على ذلك والاجماع المنقول بخبر
الواحد حجة وقال في النهاية والمرتضى في الجمل وابن ادريس لا يفسد به لان علي بن جعفر
سأل اخاه موسى عليه السلم عن الرجل والمراة هل يصلح لهما ان يستدخلا الدواء
وهما صائمان قال لا باس **قال** دام ظله وبالجامد قول بالجواز **اقول**
قال الشيخان والمرتضى وعلي بن بابويه بتحريم الحقنة مطلقا للروايات المتقدمة
وقال الشيخ في المبسوط والقاضي وابن الجنيد بجوازه بالجامد لقول ابي الحسن
عليه السلم لا باس بالجامد والجواب ان الذي عنه بان هذه يطرقها علي بن الحسن بن فضال
عن ابيه وهما ضعيفان **قال** دام ظله وعن الارتماس في الماء وعن الكذب على
الله وعلى رسوله والائمة عليهم السلم وفي الافساد نظر **اقول** نشا من اختلاف
الاصحاب فان السيد والشيخين والقاضي وعلي بن بابويه وابا الصلاح ذهبوا
الى الافساد بالارتماس لمنافاته الصوم الشرعي لتحريمه ولما صح نقله من قول
الصادق عليه السلم لا يضر الصائم ما اجتنب ثلاث خصال الطعام والشراب
والنساء والارتماس سوى بين هذه الاشياء وفي الدلالة نظر فان على
المرء بكل واحد منها او الغرض اعم من البطلان لانه يحصل بالحرمة الاثم
بالتحريم والاستدلال بالاعم على ثبوت الاخص من الاعلام والتحريم مسلم ليس
المنافي وذهب السيد المرتضى في بعض اقواله وابن ادريس وابن ابي عقيل الى
عدم

صح ه
الفصل الثاني

بهامش

عدم الافساد للاصل ولما رواه اسحق بن عمار سال ابا عبد الله عليه السلم عن رجل
صائم ارتمس في الماء متعمدا عليه قضاء ذلك اليوم قال ليس عليه قضاؤه ولا يعودن وقيل
لخبر صريح في المطلوب بخلافنا على قوله والاقوى عندي تحريم الارتماس وعدم
الافطار به واما الكذب على الله ورسوله والائمة فذهب المرتضى والشيخان وعلي بن
بابويه وابو الصلاح وابن البراج الى افساد الصوم لقول الصادق عليه السلم الكذبة
تنقض الصوم والوضوء وتفطر الصائم قال الراوي وهو ابو بصير قلت هلكنا فقال
الصادق عليه السلم ليس حيث ذهبت انما ذلك الكذب على الله وعلى رسوله وعلى الائمة
عليهم السلم وقال السيد في الجمل ومحمد بن بابويه وسلار وابن ابي عقيل لا يفسد للاصل والاصح
عندي عدم الافساد به والرواية لما لوضح لنقض الوضوء قلنا لا يلزم من تركه في ظاهر
احد الحكمين تركه في الاخر **قال** دام ظله وفي الافطار بالامناء عقيب النظر الى
المحرمة اشكال **اقول** نشا من انه محرم امنى به فكان كالاستمناء باليد والملامسة
مظنة السبب المحرم مقامه لاشتماله على التعرض بالصوم ومن اصالة الصحة ولعلمه
ان الاول لم يذهب سلار وذهب الشيخ في المبسوط اليه لكنه قيد النظر بالشهوة
والمالي مع فعلنا درس ولعلم انه من الاسباب البادي وما يلحق بالاسباب للكثرة به
والملامسة والا لزم الحرج فلا يبطل وهو الاصح عندي **قال** دام ظله وفي
الحاق الغبار المقيمة او طرح الخرز وشبهه في الفم من غير قصد المترددة اشكال
اقول نشا من انه ابلغ من التبرد فاولى بالحكم لان التبرد لا يفسد صحيح وهنا ليس
يفسد صحيح ومن عدم النص والاصل ولعدم قصد الابتلاع فكان كالاكل
سهوا ولانه لا يعد ابتلاعا بالنسبة لان الوضع في الفم اعم منه والعام لا
يصلح للنسبة الاخص منه والاصح عندي البطلان **قال** دام ظله وفي
الحاق وصول الدواء الى الجوف من الاحليل بالحقنة بالمايع نظر **اقول** قال
في المبسوط يلحق بها لمشاركتهما في الايصال الى الجوف فيفطر وقال في الخلاف وابن
الجنيد لا يفطر للاصل والاولى الحاقه بالحقنة بالمايع **قال** دام ظله ولو
قدر على قطعها من مجراها فتركها حتى تسيل فالاقرب عدم الافطار **اقول** وجه
القرب المشاركة بين الدماغ والحلق فكان معفوا عنه كالمصاب المجموع
في الفم ولانه لم يفعل شيئا وانما المسك عن الفعل ومن حيث ان تركها مع القدرة

الصابون [illegible] العصا والكلال [illegible] هو اللحين [illegible] ان لم يفسد [illegible] ابا الصلاح

على وطئها انتصر فيفطر ولابن جنيد قال دام ظله ولو جرى الريق ببقية طعام
بين خلل الاسنان فان قصر في التخليل فالاقرب القضاء خاصة والا فلا شيء
اقول وجه القرب تقصيره مع كونه متمكنا من اخراجه فصار هو السبب
مختارا فيجب الكفارة فيجوز على القول بسقاط الاكوان واستحقاء
الباقي عن المؤثر ونفي القضاء لانه لم يقصد الابتلاع فيها احتمالات
ثلاثة القضاء خاصة ومع الكفارة ولا قضاء ولا كفارة والاصح الاول
قال دام ظله والاقرب التحمل عن الجنبية والامة اقول وجه القرب
رواية المفضل بن عمر عن الصادق عليه السلام في رجل اتى امراته وهو صائم فقال ان
كان استكرهها فعليه كفارتان وان كانت طاوعته فعليه كفارة
واحدة وعليها كفارة ولفظ المراة شامل للكل وترك الاستفصال مع
قيام الاحتمال يدل على عموم المقال ولان الصادق عليه السلام نص على العلة
وجودا وعدما ولان الجماع له فاعل وهو الرجل ومحل قابل وهو المراة
وكل منهما يوجب الكفارة وفعلها في القبول ليس الا ترك الممانعة فاذا
اكرهها كان فاعلا له وفي المحل للقبول لان المكره كالالة فهو فاعل لهذه
الصفة الثبوتية والصادر عن المراة اذا فرض عدم ملكتها وبواسطته يحصل
القبول فهو اقوى منها في فعلها بالاكراه فهو اولى بترتب اثر الفعل عليه
وهو الكفارة ومنع ابن ادريس التحمل في الصورتين لعدم النص والروايات
ضعيفة السند والاسباب الشرعية لا تثبت الا بالنص عليها ومنع الشيخ من التحمل
في الجنبية لان الكفارة مكفرة للذنب ولا يلزم من اسقاطها الاضعف
اسقاطها الاقوى فان الزنا اقوى من وطي المراة اجاب المصنف بانها
هنا عقوبة والعقوبة على الاضعف تستلزم العقوبة على الاقوى والاقوى
عندي احتمال المصنف لانها عقوبة من وجه ومكفرة من وجه في موضع
فبقوله وجلدته لعقوبة اغلب للزوجة لها وتخلف الكفارة عنها في مواضع
كقتل المؤمن عمدا قال دام ظله ولو خوفت على اشكال اقول منشأه
جواز الافطار في الخوف على الغير والمال كمنجي الغريق ونفي الخوف على نفسه
اولى

اولى ولان دفع الخوف عن النفس اولى من الصوم ومن ان الاكراه الواقع
للصوم هو الرافع للقدرة وهو البالغ حد الالجاء لاستحالة التكليف معه
لان القدرة شرط التكليف ولم يوجد والقولان للشيخ في الخلاف والجمل
والاقوى عندي جواز الافطار قال دام ظله ولو سقط فرض الصوم
بعد افساده فالاقرب سقوط الكفارة اقول هذه المسئلة فرع على ان امر الشارع
مع انه اذا علم المكلف انتفاء شرط التكليف عن المكلف في وقت الفعل هل يحسن
منه تكليفه ام لا الشيخ والاشاعرة على الاول والمصنف والمعتزلة على الثاني
وهذه ايضا متفرعة على مسئلة اخرى اصولية وهي انه هل يحسن الامر لمصلحة ناشئة
من نفس الامر لا من نفس المامور به او في وقته ام لا يحسن الا مع مصلحة ناشئة منه
الشيخ وابن الجنيد والاشاعرة على الاول لحصول الثواب بعزم المكلف على الفعل
والمصنف والمعتزلة على الثاني وقد حقق ذلك في الاصول ولنذكر هنا موضعه فانه
نذكر في الفقه على سبيل المصادرة والاقوى عندي سقوط الكفارة لانها مسبب
الصوم وباسقاطه ينتفي المسبب قال دام ظله ولو اعتق ثم جاءت
فالاقرب بطلانه اقول لانه انما اعتق بجهته ولم يحصل وقال الشيخ وكثير من
الاصحاب يمضي العتق ولا يبطل بناء منهم على اصلين أ ما تقدم من وجوب الكفارة
ب ان العتق من الامور المبنية على التغليب وينفذ عتق الشريك في حصة شريكه
فاذا سرى في حصة الغير وهو ممنوع من التصرف فيها فلا يبطل سلطان الجهة المقوي
لها فالاقوى الاول قال دام ظله ولو قدر على اكثر من ثمانية عشر او على الاقل
فالوجه عدم الوجوب اقول هنا مسئلتان أ ان المفروض ورد على ان من وجب
عليه شهران متتابعان فعجز اجتزء بثمانية عشر يوما ففرع عليه المصنف انه
لو قدر على اكثر من ثمانية عشر كما لو قدر على شهر فالاقرب عدم الوجوب لاصالة
البراءة ولان المعلق عليه العجز عن المجموع وهو يتحقق مع القدرة على الاكثر
لان عدم الكل لعدم احد اجزائه ويحتمل الوجوب لان سقوط احد الواجبين
المتغايرين عينا لمانع لا يستلزم سقوط الاخر ب لو عجز عن الثمانية
عشر فالنص على انه يكفيه الاستغفار فلو قدر على بعضها قال المصنف

الوجه عدم الوجوب لما تقدم والاحتمال كما تقدم ايضا والتحقيق في التثليث
ان وجوب الجزء ان كان تابعا لوجوب الكل لزم من زوال وجوب الكل
زوال وجوبه وان كان وجوب الكل تابعا لوجوب الاجزاء لم يلزم وكذا لو
استقل كل واحد منهما فمنشأ الاشكال من حيث ان وجوب الجزء من
اي الاقسام هو قال دام ظله اما لو قدر على العدد دون الوصف
فالوجه وجوب المقدور اقول وجه الوجوب انه لم يعجز عن شهرين وانما
عجز عن كيفيتهما فتسقط ولا يلزم سقوط العدد كما لو عجز عن في الاناء او لانهما
واجبان فلا يسقط الميسور بالمعسور ويحتمل عدمه لتعلق الانتقال الى
البدل على العجز عن الشهرين المتتابعين لفقدانه هاهنا قال دام ظله
ولو صام شهرا فعجز احتمل وجوب تسعة وثمانية عشر والسقوط اقول وجه
الاول ان الثمانية عشر مقابلة للشهرين فنصفها مقابل للشهر ووجه الثاني
انه الآن منتقل الى البدل وما صامه من المبدل واحدهما غير الآخر ولان
وجوب البدل مشروط بالعجز عن المبدل ومتاخر عنه فلا ينفع ما صامه قبله
عنه ووجه الثالث انه يصدق عليه انه عجز عن شهرين وصام ثمانية عشر يوما
والحق عندي وجوب الثمانية عشر لان وجوبها بعد العجز بدل على المتابع
قال دام ظله لو اجنب ليلا وتعذر الماء بعد تمكنه من الغسل حتى تصبح
فالقضاء على اشكال اقول منشأه من تفريطه بتركه الاحتياط ومن انه لو اوجب
القضاء هاهنا لوجب على ناسي الجنابة لانه قبل النسيان عن ما اجب في الوقت
الموسع وتعذره عن متمكن منه ومن بلحاظ الوطي الى تضيق الوقت للابد والحق
انه ان ظن فقد الماء وجب القضاء والا فلا قال دام ظله يجب الثلاث
بالافطار بالمحرم على راى اقول المشهور ايجاب كفارة واحدة للاصل
ولما رواه عبد الله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلم في رجل
افطر في شهر رمضان متعمدا يوما واحدا من غير عذر قال يعتق رقبة
او يصوم شهرين متتابعين او يطعم ستين مسكينا وترك الاستفصال في
الجواب يقتضي عموم السؤال لاقتضى العموم وذهب محمد بن بابويه وابن
حمزة

حمزة الى وجوب الثلاث لقول الرضا عليه السلم من جامع الرجل حراما او افطر على حرام
في شهر رمضان فعليه ثلاث كفارات عتق رقبة وصيام شهرين متتابعين
ملع واطعام ستين مسكينا والاقوى عندي الثاني لانه احوط قال دام ظله
وفي كفارة النذر المعين قولان اقول ذهب المصنف وابو الصلاح وابن ادريس
وابن البراج الى انه كفارة رمضان وهو المشهور وقيل كفارة يمين وهو اختيار
قول الصدوق وقال المرتضى في الموصليات ان نذر صوم يوم معين فافطر كان عليه
كفارة رمضان وان كان غير صوم او ترك صومه بترك النية لا بفعل المفطر وجب
كفارة يمين وهو قول آخر للصدوق وسيأتي البحث فيه ان شاء الله تعالى قال دام
ظله اما فاذا اكره زوجته وجبت الكفارة عليه عنها المعنى ويحتمل السقوط
لكونه مباحا له غير مفطر لها اقول وجه القرب انه لو فعلته مختارة وجب
عليها الكفارة والاكراه يقتضي تحمل ما يجب على المكره لو فعله طوعا في كل موضع
يتحقق الاكراه والاقوى عندي الثاني لانه لم يفطر احدهما فلا يوجب كفارة قال
دام ظله وهل يقبل الصوم التحمل الظاهر من فتاوى علمائنا ذلك اقول الصوم
كفارة وكل كفارة تقبل التحمل والصغرى ظاهرة والكبرى بالنص على تحمل
الكفارة مطلقا من غير استفصال فيعم ولاستحالة تاخير البيان عن وقت الحاجة
ويحتمل عدم التحمل لانها عبادة بدنية فالاولى ان التحمل هنا ايجاب لوجوبه عليه
ابتداء من غير سبق وجوبه عليها لكن لما وجب الوجوب على تقدير المطاوعة
سمي تحملا قال دام ظله لو جامع ثم انشأ سفرا اختيارا لم تسقط الكفارة ولو
كان مضطرا سقطت على راي اقول الخلاف هنا قد تقدم وانما ذكر هذه
المسألة لانه فرق بين الحيض وبين انشاء السفر الاضطراري بان الحيض ليس له قدرة عليه
بوجه ما بخلاف السفر فانه ان الجئ بحيث ارتفعت قدرته وقصده الحق بالافطار
والاقوى اختياره فعلى تقدير السقوط هناك يحتمل عدمه هنا والاقوى
٢٧ عندي السقوط والمراد بالسفر الضروري ما يفوت بتركه نفس محترمة او مال
يضر او مصلحة له قال دام ظله لو خافتا على انفسهما ففي الحاقهما بالخوف
على الولد او بالمرض اشكال اقول لا اشكال في جواز افطارهما
اجماعا وانما الاشكال في وجوب الجبر بالكفارة كما في الخوف على الولد وعدمه

كالمرض لان هذه المسئلة فرع يمكن رده الى كل واحد من الاصلين المذكورين
وهما المرض المتضرر بالصوم وخوفهما على الولد اما الى المرض فان تاركهما في
خوف الضرر على النفس بالصوم فان المقتضي في المرض هو الخوف والمرض مظنته
ولهذا لو علم عدم التضرر في المرض وجب الصوم ويرد عليه انه انما نص الشارع
على كونه علة اذ الحكم التي تشتمل عليها اوصاف نص الشارع على عليتها لا تصح
تعديه الحكم بها لانها ليست العلة والتحقيق ان الحكمة اذا اعتبرت في علية
الوصف وعدمها في عدمه كانت هي العلة في الحقيقة وكان الوصف معرفا فلا
يضر تخلفه مع وجودها بخلاف ما لو جعل الشارع الوصف علة لكونه مظنة الحكمة
والحكمة علة غائية ولا يضر تخلفها بخلاف الوصف واما الى الخائفة بالخوف على الولد
فلعموم ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح قال سمعت ابا جعفر عليه السلم يقول الحامل
المقرب والمرضع القليلة اللبن لا حرج عليهما ان تفطرا في شهر رمضان لانهما لا
تطيقان الصوم وعليهما ان تتصدق كل واحدة منهما في كل يوم تفطر فيه بمد
من طعام وعليهما قضا كل يوم افطرتا فيه تقضيانه بعد **قال** دام ظله
وتجب الفدية في غير رمضان ان تعين على اشكال **اقول** منشاؤه مساواة
المعين لرمضان ولهذا تجب كفارته وان المراد من الفدية جبر فضيلة الاداء
مع تدارك اصل الصوم بالقضاء وهو مشترك وعدم النص واصالة البراءة وهو الاقوى
عندي **قال** دام ظله وهل يلحق بهما منقذ الغير من الهلاك مع افتقاره الى
الافطار والاقرب العدم **اقول** يحتمل الالحاق في وجوب الفدية بالحامل والمرضعة
لوجود العلة وهو تعمد الافطار لمصلحة الادمي ووجه قرب العدم اصالة البراءة
وعدم نص الشارع ولانه فعل مباح فلا تجب به فدية والتحقيق ان هذه اسباب
والاسباب الشرعية تحتاج في اثباتها الى النص عليها **قال** دام ظله ولو فات
بالسفر ومات قبل التمكن من قضائه ففي وجوب على الولي قضاؤه **اقول** الرواية
ما رواه منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلم في الرجل يسافر في شهر رمضان
فيموت قال يقضى عنه وان امراة حاضت في رمضان فماتت لم يقض عنها والمريض في
رمضان لم يصح حتى يموت لا يقضى عنه وافتى الشيخ ابو جعفر في التهذيب بجميع
هذه الاحكام اعتمادا على هذه الرواية والاصح انه لا يقضى عنه **قال** دام ظله
ولو كان الاكبر انثى لم يجب عليها القضاء وحينئذ يسقط القضاء وقيل يتصدق
من

من تركته عن كل يوم بمد **اقول** الذي يقضي عن الميت هو الولد الذكر المكلف عند
موته فلو كلف بعد موته ولو بلحظة لم يجب عليه القضاء فان تعدد الذكور بالوصف
المذكور وجب على الاكبر وان كان ذكورا واناثا فالذكر الاكبر ولو كان
اصغر من الانثى واما البحث هنا فيما اذا لم يكن له ذكر مكلف وله انثى مكلفة
سوا كان هناك ذكر غير مكلف او لم يكن ولعلمائنا فيه اقوال ثلثة **أ** لا قضاء ولا
فدا لاصل البراءة واصل عدم تكليف مكلف بقضاء ما وجب على غيره ولقوله
تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى خص ما ينفع على كسب الذكور فبقي الباقي على
الاصل وروى حماد بن عثمان عمن ذكره عن ابي عبد الله عليه السلم قال الرجل
يموت وعليه دين من شهر رمضان من يقضي عنه قال اولى الناس به قال فان كان اولى الناس
به امراة قال لا الا الرجال وهذه ضعيفة السند مرسلة لكن الآية والاصل يعضدها
ب يجب عليها القضاء وهو قول المفيد وابن بابويه لانها ولية وكل ولي يجب عليه
القضاء اما الاولى فلان الولي هو الوارث واما الثانية فلقول ابي عبد الله عليه
السلم فان مرض فلم يصم شهر رمضان ثم صح بعد ذلك فلم يقضه ثم مرض فمات فعلى
وليه ان يقضي عنه الحديث واتفق الكل على عمومه **والجواب** المنع من الاولى وقد
ج دلت الروايات الصحيحة على تفسير الولي انه اكبر اولاده الذكور
ليس عليه قضاء وتجب الفداء عن كل يوم عنه وهو قول الشيخ في المبسوط وابن حمزة
وابن ادريس لما رواه ابو مريم عن الصادق عليه السلم في حديث فلم يزل مريضا حتى يموت
فليس عليه شيء وان صح ثم مرض حتى يموت وكان له مال تصدق عنه الحديث وقد
طريان عوض الصوم الفدا وهو منع بالاصح الاول **قال** دام ظله فان انكسر يوم
فكالواجب على الكفاية فان صاماه وافطراه بعد الزوال فكفارة او على التعاقب
او احدهما ففي الكفارة وجوبا وتحملا اشكال **اقول** اذا كان وليان و
انكسر عليهما يوم كالو وجب قضاء خمسة ايام فصام كل واحد يومين فبقي الخامس
او كان خمسة اولياء ووجب عليه ستة ايام فالكلام هنا في موضعين **أ** كيفية
وجوب ذلك اليوم عليهما ولا شك في سقوطه عن كل واحد بفعل الاخر فهل عدم
فعل كل واحد شرط في وجوبه على الاخر فيكون من قبيل الواجب المشروط وجوبه
او من قبيل الواجب على الكفاية فلذلك قال فكالواجب على الكفاية ولم يجزم بكونه واجبا

علی الكفاية وليس من المباحث المهمة هنا والاقوى انه واجب على الكفاية عليهما
ب الكفارة لو حصل افطار في هذا اليوم بعد الزوال فنقول الصايم
اما احدهما او كلاهما والثاني اما ان يفطر احدهما او كلاهما والثاني اما
ان يكون افطارهما دفعة او على التعاقب فالمسائل اربع آ ان يصوم
احدهما ويفطر فالاقوى وجوب الكفارة لانه قضاء عن رمضان وقد
افطر فيه بعد الزوال وكلما كان كذلك وجبت الكفارة والمقدمتان
ظاهرتان ويحتمل العدم لانه لم يتعين عليه والكفارة وردت فيما وجب على
الاعيان وهذا المبحث مبني على الكفاية والوجوبان متغايران فلا يلزم من
انتفاء احدهما الكفارة انتفاء الآخر اما ما لان الوجوب على الكفاية معرض
للسقوط وعدم الاثم بالترك فهو ضعيف والحق الاول لعموم النص على من افطر
في قضاء رمضان خصوصا على القول بان الواجب على الكفاية يتعين بالشروع
ابتداء ب لو صاما معا وافطر واحد منهما خاصة فهذا مبني على مسئلة اصولية
هي ان الواجب على الكفاية يجب على الكل وانه يسقط بتمام فعل احد من المكلفين
به عن الآخر فقبل التمام يكون الوجوب على الكل لم يسقط عن احد فحينئذ هاتين
المقدمتين يحتمل وجوب الكفارة لانه اولى من الوجوب لو افطرت ثم جاءت
لوجود التكليف هنا حال الافطار بخلاف الحائض على ما اخترناه والحق عدم
الوجوب لانه قد وقع قضاء ذلك اليوم في غير ذلك الزمان واجزأ عن المفطر كما
لو فعله هو ج ان يفطرا معا فالاشكال هنا في موضعين احدهما في ايجاب
هذا الافطار الكفارة فنقول يحتمل العدم لاستحالة كون الصوم لو صح
قضاء عن ذلك اليوم واحدهما بعينه ترجيح بلا مرجح وواحد لا بعينه لا يوجب
الكفارة فيه لانها تابعة لتعين الصوم ولهذا شرط في الكفارة في قضاء رمضان
كونه بعد الزوال ليتعين ويحتمل الوجوب لانه افطار في قضاء رمضان بعد
الزوال فيدخل تحت العموم والموضع الثاني على تقدير وجوب الكفارة الاشكال
في محلها فيحتمل الوجوب عليهما بمعنى انه علق على كل واحد كفارة لوجوب الواجب
على الكفاية على الكل ولم يحصل مسقط عن احدهما ويحتمل عليهما معا كفارة واحدة
لان القضاء واحد ولا ترجيح والوجوب هنا على الكفاية لا الاصل وهو الاقوى
عندی

عندی د ان يفطرا على التعاقب فالاشكال في وجوب الكفارة كما مر وفي محلها
ايضا فيحتمل على الاخير لتعينه لقضاء رمضان بافطار الاول ويحتمل عليهما
لان كل واحد فقد افطر في قضاء رمضان وليس بجيد لان المراد صوم واحد
فلا تتعدد قضاؤه وواحدهما غير قضاء ولا نعلم القضاء ما هو منهما ويشترط
التكليف العلم لاستحالة تكليف الغافل ولم يدل دليل على ترجيح احدهما
والاصح انه لا كفارة اذا عرفت ذلك فقول المصنف فان صاماه وافطراه بعد
الزوال دفعة اشارة الى المسئلة الثالثة وقوله على التعاقب اشارة الى الرابعة
وقوله او احدهما اشارة الى المسئلة الاولى والى الثانية اي او احدهما مع صيامهما افطره
او احدهما افطر خاصة قال دام ظله وفي القضاء عن المراة والعبد اشكال
اقول هنا مسئلتان آ في القضاء عن المراة ومنشأ الاشكال وفيه عموم قوله
تعالى كتب عليكم وعموم قوله تعالى فعدة من ايام اخر فنقول هذه المراة اما ان يكون
قد تمكنت من الاداء او من القضاء او لا ولا واحد منهما والثاني يسقط عنها وعن وليها
لان وجوب القضاء على الولي في موضع وجوبه تابع لوجوب الاصل على الميت اداء
وقضاء وانما عن نفس التحتم فانه تابع لسبب الوجوب والاول يصدق انه وجب
عليها هذا الصوم وكلما وجب القضاء عليها وجب على وليها اما الاولى
فللعموم من المقدمين واجماع الامة واما الثانية فلما رواه ابو بصير في
الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلم قال سألته عن امراة مرضت في رمضان
وماتت في شوال فاوصتني ان اقضي عنها قال هل برئت من مرضها قلت لا ماتت
فيه قال لا تقضي عنها قلت فاني اشتهي ان اقضي عنها وقد اوصتني بذلك قال
وكيف تقضي شيئا لم يجعله الله عليها الحديث علل الصادق عليه السلم عدم القضا
بعدم وجوبه عليها وعلة العدم بعدمها هي علة الوجود بوجودها وقد ثبت ذلك
في الكلام وكلما وجدت العلة وجد المعلول ولانه لو لم يجب القضاء مع البرء
لم يكن للاستفسار عن البرء معنى وقد يظن انه استدلال بصحة قضاء الوصي
على وجوب قضاء الولي فانه سأله عن امراة اوصت فلم يذكر انه وليها وهذه
المقدمة لم يدل عليها الرواية ولم يذكر المستدل عليها دليلا وبوجوب القضاء
قال الشيخ وابن البراج والمصنف في المختلف وقال في موضع آخر لا قضاء عليه للاصل

وهو الصحيح عندي وبه افتى لقوله تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى خص
بالرجل للروايات فبقي الباقي على الاصل ب في القضاء عن العبد ومنشأ
الاشكال عموم قولهم عليهم السلم فعلى وليه ان يقضي عنه ولعدم
قولهم عليهم السلم في تمام الخبر بان لم يكن له ولي تصدق عنه من تركته
ذلك بالمفهوم على الحرية فهذه المسألة ترجع الى ان الضمير اذا رجع الى البعض
هل يقتضي التخصيص ام لا وقد حقق ذلك في الاصول والحق عندي عدم الاقتضاء
لما تقدم قال دام ظله ولو نسي غسل الجنابة حتى مضى عليه الشهر [illegible]
قضى الصلاة والصوم على رواية وقيل الصلاة خاصة اقول الاول قول الشيخ
في النهاية والمبسوط وابن الجنيد لما صح من ان ابا عبد الله عليه السلم سئل عن رجل اجنب
في شهر رمضان فنسي ان يغتسل حتى خرج شهر رمضان قال عليه ان يقضي الصلاة
والصيام والثاني قول ابن ادريس للاصل ولحديث رفع النسيان وهو للعموم لانه اقرب
المجازات الى رفع الذات والحق الاول قال دام ظله ويجوز الافطار
في قضاء رمضان الى الزوال ويحرم بعده والاقرب الاختصاص بقضاء رمضان
اقول وجه القرب ان غير رمضان والمعين غير معين فلا فرق في الافطار
فيه بين قبل الزوال وبعده عملا بالاصل خالفناه في قضاء رمضان لورود النص
والاجماع فبقي الباقي على الاصل ويحتمل عدمه لانه لم اذا المنع لمضي اكثر الزمان صائما
وهو موجود في غيره ولعموم قوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم خرج ما قبل الزوال
في غير المعين بالنص وبالاجماع فبقي ما عداه بالتحريم في قضاء رمضان وقضاء النذر
المعين ووجوب الكفارة والاقوى عندي ما اختاره المصنف الفصل الثالث
في وقت الامساك قال دام ظله ولو نذر يوما فاتفق احدهما افطر ولا قضاء
على راي اقول هذا احد قولي الشيخ وابن البراج وابي الصلاح وابن ادريس لان
كلما لا يصح صومه لا ينعقد نذره وكلما لا يستحق نذره لا يجب قضاؤه واوجب في
النهاية وموضع من المبسوط القضاء لانه ليس من شرط النذر قبول الزمان له في
نفس الامر كالمرض بل في ظنه وقد وجد قال دام ظله وصوم الصبي المميز
صحيح على اشكال اقول ينشأ من ان الصبي هل هو مخاطب بالمندوبات
ام لا فعلى الاول يوصف بالصحة وعلى الثاني لا لان الصحة وصف للعبادة الواجبة
او

او المندوبة والتحقيق ان مبنى هذه المسألة على ان الامر بالامر بالشيء هل هو امر بذلك الشيء
ام لا وقد حقق في الاصول والحق انه ليس بامر بذلك الشيء وان صوم الصبي صحيح
بمعنى انه موافق للامر الصادر عن الشارع او الامر من له الالزام وقال الشيخ
رحمه الله بصحته وانعقاده ويتفرع على هذه المسألة بلوغه في اثناء النهار قبل
الزوال بغير المبطل فعلى الصحة يجب الاتمام وعلى عدمها يستحب وهو الاقوى عندي
قال دام ظله والاقرب في المندوب الكراهة اقول ذهب قوم الى تحريم صوم
النفل في السفر الا ثلاثة ايام للحاجة الاربعاء والخميس والجمعة عند قبر النبي عليه السلم
او المشهد من مشاهد الائمة عليهم السلم لنهي ابي الحسن عليه السلم عنه وجوزه ابن
حمزة والقاضي وابن ادريس لعموم الامر بالصوم والترغيب فيه وذهب الشيخ الى الكراهة
وهو اختيار المصنف هنا وهو الاقوى عندي لتعارض الروايات ولقوله عليه السلم
ليس من البر الصيام في السفر ورفع البر لا يستلزم التحريم لعدم دلالة العام على
الخاص قال دام ظله وكذا في الكفارة على اشكال اقول معناه انه يسقط
جنبا بعد الشروع في الكفارة بعد الثلث وقيل تجاوز النصف والاشكال ناشئ
من وجوب التتابع فيتعين صوم كل يوم بعد الاول وقيل تجاوز النصف في قضاء
رمضان ومن عدم تعيينه في الاصل ولا بالصوم قبله لوجوب الاستئناف من
غير قضاء بسبب الاخلال ولان تعيينه لضرورة التتابع وهو انما يتم على القول بابطال
التتابع وانما يبطل التتابع لو قلنا بابطاله فيه وهو باطل قطعا واعلم ان
هذا مبني على تفسير المعين وقد مضى والاصح الصحة قال دام ظله وشرائط
قصر الصلاة والصوم واحدة ويزيد اشتراط الخروج قبل الزوال على راي وقيل
يشترط التبييت اقول في هذه المسألة اقوال اربعة ا اشتراط الخروج قبل الزوال
مطلقا وهو الذي اختاره المصنف هنا وهو مذهب المفيد وابي جعفر بن بابويه
وابن الجنيد وهو الاقوى عندي لعموم الامر بالاتمام ولانه سفر لا يوجب قصر
صلوة ذلك النهار فكذا لا يوجب قصر صومه اما الاولى فظاهرة للاخر
واما الثانية فلصدق كل سفر يوجب قصر الصوم يوجب قصر الصلاة
لما رواه سماعة عن ابي عبد الله عليه السلم قال ليس يفترق التقصير
والافطار الحديث ويلزمه كلما لا يوجب قصر الصلاة لا يوجب قصر الصوم
ولما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلم اذا سافر

بعده
الرجل في شهر رمضان فخرج نصف النهار عليه صيام ذلك اليوم ويعتد به من شهر
رمضان ب اشتراط تبييت النية من الليل لا غير فاذا نوى ليلا اي وقت
سافر ولو بعد الزوال افطر وهو مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج لرواية
علي بن يقطين عن ابي الحسن موسى الكاظم عليه السلام في الرجل يسافر في شهر رمضان
أيفطر في منزله قال اذا حدث نفسه بالليل في السفر افطر اذا خرج من منزله
وان لم يحدث نفسه من الليل فليتم في السفر من يومه اتم صومه ج اشتراط النية
من الليل والخروج قبل الزوال معا وهو اختيار الشيخ في المبسوط جمعا بين الروايتين
د عدم اشتراط احدهما بل متى سافر وجب القصر سواء بيت النية اولا خرج قبل الزوال
او بعده وهو اختيار المرتضى لعموم قوله تعالى او على سفر المقصد الثاني في اقسامه
قال دام ظله ولا يشترط خلو الذمة من صوم واجب على اشكال اقول ذهب
الشيخان وابنا بابويه والمصنف في المختلف الى الاشتراط لرواية الحلبي وابي الصباح
الكناني عن الصادق عليه السلام حيث سئل عن الرجل عليه من شهر رمضان طائفة
أيتطوع فقال لا حتى يقضي ما عليه من شهر رمضان وذهب السيد المرتضى في بعض
رسائله الى عدم الاشتراط للاصل ولانه ليس ابلغ من الترك وهو سائغ فالتطوع
بالجواز والحق الاول قال دام ظله ولو نذر الدهر صح وفي جواز سفره
في رمضان اختيارا اشكال اقربه ذلك والا دار اقول منشأه انه يستلزم
المحرم لاستلزامه وجوب القضاء المستلزم لبطلان النذر احيانا وهو محرم واصالة
اباحة السفر والقضاء مستثنى كالاصل ووجه القرب انه لو حرم لزم استلزام الشيء
لنقيضه واللازم باطل فالملزوم مثله بيان الملازمة ان تحريمه يستلزم تحريم القضاء فيه
لانه كلما لم يجز السفر لم يجز الافطار ولا مقتضي لتحريم السفر الا جواز الافطار
لانه هو المستلزم للاخلال بالنذر احيانا المستلزم لتحريم السفر اجماعا واذا
انتفى المقتضي انتفى تحريم السفر لعدم السبب المقتضي له فيستلزم تحريمه عدم تحريمه
واما استحالة التالي فظاهر وهذا واشباهه في مسائل يأتي يسميها المصنف
بالدور ويمكن توجيه الدور المصطلح عليه بان تحريم السفر موقوف على
وجوب القضاء وهو موقوف على اباحة السفر والاباحة موقوفة على عدم الاخلال بالنذر
وهو موقوف على وجوب الاتمام ووجوب الاتمام موقوف على تحريم السفر
فيتوقف

فيتوقف على نفسه بمراتب قال دام ظله ولو وجب التأخير الى شعبان اشكال
اقول منشأه انه قد تعارض واجبان مضيق وهو النذر وموسع وهو
قضاء رمضان فيقدم النذر والحق انه يجب التأخير لان قضاء رمضان
مستثنى من اصل النذر وهو مختار والده واحتج بالاصل قال دام ظله ولو كان
رمضان وقضائه بعد الزوال على رأي المرتضى قوله وجزاء الصيد على رأي اقول
سيأتي تحقيق الخلاف في هذا الموضع قال دام ظله وهل يجب المبادرة بعد
زوال العذر فيه نظر اقول ينشأ من وجوب التتابع وانما جاز الاخلال لعذر
وقد زال ولانه من حين شروعه وجب عليه صوم كل يوم من الشهر الاول ولا
يجوز له الافطار في احد الايام الا لعذر فان اختص باحدها اختص الافطار
بيوم من سقوطه بالعذر ولان معنى التتابع الحاق كل يوم بما قبله في الصوم فاذا
فاذا افطر في اليوم الثاني لم يتحقق المتابعة بينه وبين الثالث اذ لا صوم فيه ولا
بين الثالث والاول لتخلل الافطار بينهما فلا يمكن التتابع في الثالث فلا يصح
صومه فلا يصح صوم ما بعده والحق الاول لان الافطار في الشهر الاول
رخصة وكل رخصة لا تتعدى محل الضرورة قال دام ظله وفي اباحته قولان
اقول ذهب ابن الجنيد والشيخ وابن ابي عقيل الى انه مباح للاصل ولان
التتابع المأمور به اما ان يكون هذا او ايقاع يوم بعد آخر وهكذا الى آخر الشهرين
والثاني محال والا لما جاز له فتعين الاول وهو المطلوب وذهب ابن ادريس
وابو الصلاح الى تحريمه لان تتابع الشهرين انما يحصل باكمالهما ولا يستثنى منه
في الاجماع التحريم كالارتماس بل ههنا اولى لمغايرة متعلق الامر والنهي
وهذا هو الحق عندي قال دام ظله ويثبت بشهادة عدلين مطلقا على رأي
اقول اختلف الناس فيما يثبت به هلال رمضان من عدد الشهود على
اقوال اربعة آ شهادة عدلين واشار بقوله مطلقا الى قبول شهادتهما
سواء كان هناك غيم اولا وسواء كانا من البلد او خارجه وهو اختيار المفيد
والسيد المرتضى وابن الجنيد وابن ادريس لقول علي عليه السلام لا اقبل شهادة
النساء في الهلال الا شهادة رجلين عدلين وهو الاقوى عندي ب قال
الشيخ في النهاية ان كان في السماء علة لم يقبل الا شهادة خمسين من اهل

لانه مما اختلفت فيه الاقوال واختلف فيه الآراء في الحكم فوجب الاستفصال صح

البلد او عدلين من خارج البلد وان امكن هناك علة وطلب فلم ير لحجب الصوم
الا بشهادة خمسين من خارج البلد ولخمسة من البلد لقول الصادق عليه
السلام ولا يجزي في رؤية الهلال الا من شهادة خمسين واذا كانت في السماء
علة يثبت بشهادة رجلين يدخلان ويخرجان من مصر ح قال في المبسوط مع
وجود العلة من غيم او غبار وغيرهما تقبل شهادة عدلين مسلمين وان لم يكن علة
لم تقبل الا شهادة القسامة خمسين ح قول سلار يثبت بالواحد وسيأتي قال دام
ظله ومع التعدد وتعدد الشهر ان شهدا بالاولية فالاقرب وجوب الاستفصال
في القبول ان اسنداها اليها او موافق راي الحاكم اقول اذا شهد الشاهدان
بالاولية مطلقا فالاقرب انه يجب على الحاكم الاستفصال لجواز استناده الى
سبب يختلف فيه كالعدد فاشبه الرضاع في وجوب الاستفصال ويحتمل ضعيفا
عدمه لانتفاء عدالة مع الاستناد اطلاقه الى المجمع عليه وعلى القول بوجوب الا
ستفصال وهو الاقوى عندي او على عدمه لو استفصله الحاكم اما ان يتحد
مستند الشهادتين بالاولية او يختلف فان كان الاول فان اسندا الى الرؤية
في شهر واحد في ليلة واحدة قبل وان اختلف زمان الرؤيتين قبل اجماعا وان
اختلفا الشهر كان شهد احد الشاهدين باول شعبان برؤية هلاله ليلة الجمعة مثلا
ونعلم ان الاحد من رمضان اذا العلم بوجود الملزوم يستلزم العلم بوجود اللازم
مع علم الملازمة وشهد الاخر باول الاحد من رمضان فالاقرب القبول ويحتمل
عدمه لان كل واحد مخالف للاخر في شهادته ولم يثبت احدهما ولان العلم باللازم
تابع للعلم بالملزوم ولم يحصل للحاكم العلم بالملزوم من شهادة الشاهد الواحد
وانتفاء العلم بالمتبوع يستلزم انتفاء العلم بالتابع لان العلم هنا به من حيث انه
تابع وان استند احدهما الى الرؤية والاخر الى سبب اخر يوافق راي الحاكم كالعدد
والحساب فالاقرب عند المصنف القبول لما تقدم واحتمال عدم القبول
هنا اقوى من احتماله ثمة لان ثبوت الملزوم ثمة ضروري وهنا ظني يختلف فيه
قال دام ظله ولو عمت الشهور فالاقرب العمل بالعدد اقول وجه
القرب جريان العادة بنقص بعض الشهور وتمامية بعضها فاعتبار التمامية
في الجميع مستبعد ولان السنة الهلالية ثلاثمائة واربعة وخمسون يوما
وخمس

التاسع عشر

وخمس وسدس يوم تقريبا لعود القمر الى النقطة التي سار منها بحركته الخاصة وهذه المدة
فاذا كان اول السنة الماضية الاثنين كان اول السنة المستقبلة الاربعاء لان اخر
ثلاثمائة وخمسين يوما الجمعة فاذا كملت العدة بما بعده ايام كان كما قلنا فاعتبر عد
خمسة ايام من الماضية وتصام يوم الخامس او السادس في السنة الكبيسة وهي الخا
من السنة المفروضة اولا وكذا في كل خمس سنين وقال الشيخ في بعض كتبه تحتسب
التامة في الجميع والاقوى ما قواه المصنف دام ظله في الدروس وهو العمل بالعدد
اعني كل شهر ثلثين قال دام ظله ولا يثبت بشهادة الواحد على راي اقول
قال سلار يثبت بشهادة الواحد لافادتها الرجحان ويستحيل العمل بالمرجوح
مع قيام الراجح ولا يرد في غير العبادات ولرواية محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه
السلام قال قال امير المؤمنين عليه السلام اذا رأيتم الهلال فافطروا او اشهد
عليه عدل من المسلمين لنا قول النبي عليه السلام فان شهد ذوا عدل فصوموا
وافطروا واقل الجمع اثنان فلا يثبت بكل واحد ورواية عبيد الله
بن علي الحلبي الصحيحة عن الصادق عليه السلام قال قال علي عليه السلام لا تقبل
شهادة النساء في رؤية الهلال الا شهادة رجلين عدلين وعلى الاول لا تقبل
في غير الصوم والجواب عن حجة سلار ان الرواية في طريقها محمد بن قيس وهو
مشترك بين جماعة منهم ابو احمد وهو ضعيف والعدل كما يصدق على الواحد
يصدق على الكثير كما نص عليه اهل اللغة ومنع افادة خبر الواحد الرجحان
والا لاستلزام المحال او العمل به في غير الصوم وهو باطل اجماعا قال دام ظله
ولو اصبح معيدا او سار به المركب الى موضع لم ير فيه الهلال لقرب الدرج ففي
وجوب الامساك نظر اقول نشأ من ثبوت حكمهم عليه باستقباله اليهم ومن لزوم
تجزية اليوم وترتب حكم بلدين عليه والاقوى انه لا يثبت عليه وجوب الصوم لسبق
تعييده بالعيد وهو مناف قال دام ظله ولو رأى هلال رمضان ثم سار
الى موضع لم ير فيه فالاقرب وجوب الصوم يوم احد وثلاثين وبالعكس يفطر التاسع والعشرين
اقول وجه القرب ان الاعتبار برؤية الاهلة وعدمها انما هو بالموضع الذي
فيه الشخص لا بلد سكناه والا لوجب على الغائب عن بلده الصوم برؤية الهلال في
بلده اذا لم يشتهر في موضعه ولما وجب عليه الصوم برؤيته في موضعه اذا لم يهل

في بلد وهو باطل إجماعاً ويحتمل ضعيفاً عدمه هنا لاستلزامه الزيادة على الشهر
أو النقصان عنه قطعاً ومبنى هذه المسألة على أن الأرض هل هي كروية أو مسطحة
الأقرب الأول لأن الكواكب تطلع في المساكن الشرقية قبل طلوعها في المساكن
الغربية وكذا في الغروب وكل بلد غربي بعد عن المشرقي بألف ميل تأخر غروبه عن غروب
الشرقي ساعة واحدة وإنما عرفنا ذلك بإرصاد الكسوفات القمرية حيث ابتدأت
في ساعات أقل من ساعات بلدنا في المساكن الغربية وأكثر من ساعات بلدنا في المساكن
الشرقية فعرفنا أن غروب الشمس في المساكن الشرقية قبل غروبها في بلدنا وغروبها
في المساكن الغربية بعد غروبها في بلدنا ولو كانت الأرض مسطحة لكان الطلوع والغروب
في جميع المواضع في وقت واحد ولأن السائر على خط من خطوط نصف النهار على الجانب
الشمالي يزداد عليه ارتفاع القطب الشمالي وانخفاض الجنوبي وبالعكس فالأول
مبني على الأول والثاني على الثاني **المقصد الثالث** في الاعتكاف **قال** دام
ظله ولو مضى يومين وجب الثالث على قول **أقول** هذا اختيار الشيخ وابن الجنيد
وابن حمزة لقول أبي جعفر عليه السلام فإن أقام يومين ولم يكن اشترط فليس له أن
يخرج ويفسخ اعتكافه وليس له أن يخرج حتى يمضي ثلاثة أيام ومنعه المصنف
والمرتضى وابن إدريس للأصل ولأن الجائز ما لم يجب بغير نص عليه قول يجب
بسبب موجب لعلم أو ظن والجواز والجواب عن الرواية بضعف السند فإن
في طريقها علي بن فضال وهو ضعيف والأقوى عندي قول الشيخ رحمه الله والرواية
وإن كان في طريقها علي بن فضال لكن ارتضاها الأصحاب **قال** دام ظله لو كان
عليه قضاء صوم أو صوم الاعتكاف منذور وعين معين والاعتكاف كذلك فنوى
بالصوم القضاء أو النذر فالأقرب الإجزاء عنه وعن صوم الاعتكاف **أقول**
وجه القرب أن الشرط هو كونه صائماً وقد حصل كما لو نذر صلاة وفعلها بطهارة
متقدمة وهو الأقوى عندي ويحتمل ضعيفاً عدمه لأن نذر المشروط يستلزم
نذر الشرط فلا يجزي عنه غيره كما لو نذر الصوم ابتداء ولأنه مشروط لا يصح
تقديمه على الفعل بخلاف الطهارة **قال** دام ظله ولو اعتكف ثلاثة
قيل وجب السادس والحق الخامس **أقول** قال الشيخ في النهاية لو اعتكف
بعد الثلاثة يومين آخرين وجب الثالث وقبلها بالخيار وهو اختيار ابن الجنيد
ثما

لما رواه أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن أبي أيوب عن أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام
قال المعتكف لا يشم الطيب ولا يتلذذ بالرياحين ولا يماري ولا يشتري ولا
يبيع قال ومن اعتكف ثلاثة أيام فهو يوم الرابع بالخيار إن شاء زاد ثلاثة أيام أخر
وإن شاء خرج من المسجد فإن أقام يومين بعد الثلاثة فلا يخرج من المسجد
حتى يتم ثلاثة أيام أخر والبحث قد تقدم **قال** دام ظله وإنما يصح في أربعة
مساجد مكة والمدينة وجامع الكوفة والبصرة على رأي **أقول** هذا مذهب الشيخ
والسيد المرتضى وابن إدريس وهو الأقوى عندي لما رواه عمر بن يزيد في الصحيح
قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما تقول في الاعتكاف ببغداد في بعض مساجدها
قال لا يعتكف إلا في مسجد جماعة صلى فيه إمام عدل جماعة ولا بأس أن يعتكف في
مسجد الكوفة والبصرة
ومسجد المدينة ومسجد مكة وهذا بيان للمسجد الذي ذكره في قوله إلا في مسجد
جماعة والعلم لكن فيه قلق لأنه لا يقال هذا الحديث في طريقه سهل بن زياد وفيه قول لأنا
نقول إن شيخنا أبا جعفر بن بابويه رواه في الصحيح وسيأتي وأسقط علي بن بابويه
مسجد البصرة وأثبت مسجد المدائن وأثبت ابنه الخمسة وقال المفيد لا يكون الاعتكاف
إلا في المسجد الأعظم لما رواه يحيى بن العلاء الرازي عن أبي عبد الله عليه السلام قال لا
يكون اعتكاف إلا في مسجد الجماعة والجواب أنه محمول على الأحوال لما يأتي
جمعاً بين الأدلة لأن المطلق يحمل على المقيد مع اتحاد القضية وجوز ابن أبي عقيل
الاعتكاف في كل مسجد لعموم قوله تعالى وأنتم عاكفون في المساجد والجواب ما تقدم
قال دام ظله والضابط ما جمع فيه النبي أو وصي له جماعة أو جمعة على رأي **أقول**
هذان ضابطان كليان أحدهما الأول عليه ابنا بابويه وابن الجنيد لما رواه أبو جعفر
بن بابويه في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال لا اعتكاف إلا في مسجد جماعة قد
صلى فيه إمام عدل صلاة جماعة الحديث والثاني اختيار المفيد والمرتضى وابن حمزة
وابن إدريس لما رواه علي بن عمران عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال المعتكف
يعتكف في المسجد الجامع والجامع منسوب إلى الجمعة ولأن النبي عليه السلام اعتكف في
مسجده وعلياً عليه السلام في جامع الكوفة وجماعة من الصحابة في جامع مكة وجماعة
في مسجد البصرة واتفق الفريقان على علي عليه السلام فيقتصر عليها وتظهر فائدة الخلاف
في مسجد المدائن فإنه روي أن الحسن عليه السلام صلى فيه جماعة فإن ثبتت هذه
الرواية صح فيه على قول ابن بابويه وقول ابن بابويه هو الصحيح عندي وسنبينه

قول ابن أبي عقيل ورواه داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام قال لا اعتكاف
إلا بصوم وفي المصر الذي أنت فيه قال دام ظله فإن أكره المعتكفة فالأربع على رأي
أقول قال الشيخ في المبسوط إذا أكرهها نهاراً لزمه أربع كفارات وإن كان
ليلاً كفارتان على قول بعض أصحابنا وهو اختيار السيد المرتضى في الانتصار وابن الجنيد
وابن إدريس وابن البراج وابن حمزة وقيل يلزمه كفارتان لاختصاص الأولى بأن
الإكراه يلزم المكره ما على المكره لو طاوع لأن فعله منه وهو الأقوى عندي
والأصح الأخرى بالأصل قال دام ظله ولو باع واشترى أثم والأقرب
الانعقاد أقول هذا مبني على أن النهي في المعاملات هل يدل على الفساد أم لا وقد حقق
في الأصول وجزم الشيخ وابن إدريس بالبطلان قال دام ظله والأقرب صحة نيابة
آ يوم من النذر وآخر من غيره هكذا ست مرات أقول البحث هنا في مقامين
في تصوير هذه المسألة فنقول إذا نذر مثلاً اعتكاف العشر الأول والحادي عشر
من رجب وستة أيام في باقي رجب ولم يعين وأخل بالنذر الأول إذ كان على ابتداء اعتكافه
وتمكن منه ولم يأت به ثم مات وقلنا بوجوب قضاء الاعتكاف أو نذر أن يقضيه
عنه ونذر أيضاً أن يعتكف ستة أيام أو على قول من يقول إنه يصح ممن عليه صوم واجب
أن يصوم ندباً وهذا الوجه أضعفها ب إنه يصح أن يفرق الستة كل مرة ثلاثة
أيام إجماعاً وهل له أن يخرج الاعتكاف بأن يأتي بيوم من الستة أمام المنذور
ويوم من الاعتكاف الآخر الأقرب ذلك ووجه القرب عدم وجوب التتابع بين الستة
ووجوده في الثلاثة لعدم صحة انفراد اليوم ويحتمل ضعيفاً عدمه لاستحالة كون الاعتكاف
أقل من ثلاثة فيدخل تحت النذر وقوله ويومين من غيره لا يلزم أن يكون
ذلك الغير مندوباً بل جاز أن يكون عليه قضاء اعتكاف آخر تقدم قال دام ظله
ولو لم يشترط التتابع في المتعين صح ما فعل إن كان ثلاثة فما زاد وأتم ما بقي
وقضى ما أهمل وكذا لو شرطه وقيل يستأنف ويكفر فيهما أقول الثاني قول
الشيخ في المبسوط واختاره المصنف بأن هذا النذر قد اشتمل على شيئين أحدهما
الزمان والآخر كيفيته ولا يمكن تحصيلهما معاً لإفطاره وليست مراعاة الكيفية
أولى من مراعاة الزمان وهنا تظهر الفرق بينه وبين غير المعين قال دام
ظله والحق التتابع في قضائه إلا أن شرط التتابع لفظاً على إشكال أقول
منشأه من تبعية القضاء للأداء لما ثبت أنه له الحق بدلاً والتتابع في رمضان
لعروض

لعروض الزمان بخلافه هنا لكونه أعاده مما فات بصفاته المعتبرة شرعاً
الممكنة ومن أن الوجوب في زمان بعينه لا يساوي عينه ويخرج الصوم بالدليل
والأصل قال دام ظله فلو ظهر يوم الثلاثين العيد فالأقرب البطلان
أقول إذا نذر اعتكاف ثاني عشري رمضان وتاسع عشريه والثلاثين مثلاً
فظهر أن الثلاثين العيد فنقول هذا فرع على ما إذا نذر صوم يوم فظهر أنه
العيد هل يجب عليه القضاء أم لا وقد تقدم

كتاب الحج

وفيه مقاصد الأول في المقدمات
قال دام ظله وهي شوال وذو القعدة وذو الحجة على رأي أقول هذا مذهب الشيخ في النهاية
وابن الجنيد لقوله تعالى الحج أشهر معلومات تقديره وقت الحج أشهر معلومات لأن
الحج أفعال والأشهر زمان فلا يكون الزمان هو الحج والأشهر صيغة جمع لا يطلق
في الحقيقة إلا على الثلاثة ولو وقع أجزاء الحج فيها اختياراً أداءً ولا نعني بالوقت إلا
ذلك وقال الصادق عليه السلام الحج أشهر معلومات شوال وذو القعدة وذو الحجة
لأنه يفوت الحج بفواته خالياً عن المناسك ولقوله عليه السلام الحج عرفة لوقوع أعظم
أركان الحج فيه ولقوله تعالى الحج أشهر معلومات فمن فرض فيهن الحج أي أوجب
أو أحرم بالتلبية والإحرام بالحج لا يكون بعد التاسع ولقوله تعالى فلا رفث وذلك
جائز في يوم النحر لأنه يمكنه التحلل في أوله بالإجماع وقال ابن إدريس إلى
طلوع الشمس منه وقال المرتضى وابن أبي عقيل وسلار وعشر من ذي الحجة وقال
أبو الصلاح وتسع من ذي الحجة والنزاع لفظي لأنه إن عنى بأشهر الحج الزمان الذي
إذا فات فات الحج بفواته فهو إلى عشر من ذي الحجة وإن عنى به الزمان الذي يصلح
أن يقع فيه شيء من أفعال الحج فهو إلى آخر ذي الحجة قال دام ظله وللقارن
والمفرد الطواف إذا دخل مكة لكنهما يجددان التلبية استحباباً عقيب صلاة
الطواف ولا يحلان لو تركاها على رأي وقيل المفرد خاصة والحق شرط النية
أقول اتفق الكل على أن للقارن والمفرد الطواف استحباباً هنا وعلى أن
من طاف منهما وجدد التلبية بعد صلاة الطواف لم يحل ثم اختلفوا في تارك التلبية
بعد الطواف هل يحل أم لا على أقوال ثلاثة آ لا يحل واحد منهما بتركها وإطلاقه
المصنف والشيخ في الجمل في موضع من المبسوط وابن إدريس وهو الحق عندي

وذو القعدة

لانه طواف لم يؤت به التحلل فلا يوجب التحلل لقوله عليه السلم انما الاعمال بالنيات
ب قال في النهاية وموضع من المبسوط والخلاف من تركهما منها لحل لقول
ابي جعفر عليه السلم من طاف بالبيت وبالصفا والمروة احل احب او كره
ج قول الشيخ في التهذيب انه يحل المفرد لا القارن لقول ابي الحسن عليه السلم
ما طاف بين هذين الحجرين الصفا والمروة احد الا احل الا سايق الهدى واعلم
ان استدلال اصحاب القولين يقتضي الثاني والثالث لا يلزم منه مطلوبهم
قال دام ظله فيتخير في الثالثة كالمقيم في نوع الحج ويحتمل العموم فلا يشترط
الاستطاعة اقول اما في نوع الحج فالنص والاجماع عليه واما احتمال العموم
فلان نوع الحج وباقي الاحكام معلول لاعلة واحدة وهي الاقامة وثبوت احد
المعلولين يدل على ثبوت الاخر بطريق برهان ان ولقول الباقر عليه السلم من اقام
سنتين فهو من اهل مكة الحديث وهذا يقتضي العموم فيبقى كاهل مكة
في جميع احكامهم فلا يشترط الاستطاعة من بلده وهو الاقوى عندي ويحتمل
عدمه لان النص لم يتناول غير نوع الحج فيبقى الباقي على الاصل فيشترط استطاعته
من بلده والاولى ان يقال الاقامة على الخارج ثلاثة آ اقامة نوع الحج وهي تحصل
بثلاث سنين اي يصير مقيما في نوع الحج ب اقامة التمام وهي
تحصل بنية اقامة عشرة ايام ج الاقامة في غير هذين الموضعين كالوصية والنذر
والوقف فالاولى اتباع العرف فيه قال دام ظله والولي هو ولي المال وقيل
للام ولاية الاحرام بالطفل اقول الخلاف انما هو في ولاية الام بالنسبة الى
الاحرام بالطفل خاصة فاثبتها الشيخ والمصنف في المختلف لان النبي عليه السلم
لما مر بروثة وهو حاج قامت اليه امراة ومعها صبي لها فقالت يا رسول الله
ايحج عن مثل هذا فقال نعم ولك اجره والاجر يتبع وقوع الفعل من الفاعل احتسابا
على جهة القرب فاضافة الاجر اليها تدل على جواز فعلها به وقال ابن ادريس لا
ولاية لها في المال ولا النكاح فينتفي هنا والاقوى ما اختاره ابن ادريس قال
دام ظله وللمولى الرجوع في الاذن قبل التلبس لا بعده فلو لم يعلم العبد صح
حجه وللمولى ان يحلله على اشكال اقول اذا اذن المولى لعبده في الحج
صح حجه وللمولى يلزم الاذن بعد التلبس في الحج لا قبله اجماعا فعلى هذا
لو

لو رجع بعد التلبس لم يصح رجوعه اجماعا وان رجع قبل التلبس فاما ان يعلم
العبد بالرجوع فيبطل اجماعا وان لم يعلم برجوع المولى فاحرم فالكلام هنا
في موضعين آ في صحة احرامه والاقوى الصحة والا لزم تكليف الغافل ب
انه هل للمولى ان يحلله ام لا فيه اشكال ينشأ من انه لو جاز التحلل لجاز مع عدم
الرجوع والتالي باطل اجماعا فالمقدم مثله بيان الملازمة ان حكم الاذن باق
والا لزم تكليف الغافل ولانه احرام مباح صحيح والا لزم تكليف الغافل
فيجب اتمام النسك الذي احرم له ولا يجوز لاحد ابطاله لقوله تعالى واتموا الحج
والعمرة ومن كون الرجوع قبل التلبس والاذن غير لازم شرعا وقد رجع في
وقت له الرجوع ولا مانع اذ ليس الا الاحرام والرجوع وقع قبل الاحرام فلا يصلح للمانعة
قال دام ظله والفائدة تظهر في العتق قبل المشعر واباحة التحليل للمولى
اقول ظهور الفائدة في اجتماع الصحة وجواز التحلل كالمصدود فانه يجوز له التحلل
من الاحرام مع صحته وتحريمه للمحرمات قبل ان يتحلل ولو صبر حتى زال العذر وجب اكمال
النسك اعني الحج او العمرة وهنا لو لم يحلله المولى حتى اعتق قبل الوقوف صح
فانه يقع عن حجة الاسلام وان حلله المولى فعل جائزا ولم يكن اثما ووجب على
العبد امتثال امر السيد وعندي فيه نظر لان الاحرام سبب موجب محرم لم
يعهد في الاحكام الشرعية كونه جائزا في اصله بل قد يطرأ عليه مانع الشارع
عليه وهو الصد والحصر ولم يتحقق هنا والتحقيق عندي انه ان كان للمولى
تحليله لم يجز عن حجة الاسلام لو اعتق قبله والبحث هنا يرجع الى تعارض
العمومين عموم حق المولى وعموم واتموا الحج والعمرة والحق عندي تقديم الثاني لوجود
الاذن من المولى وعدم علم العبد بالرجوع ويستحيل تكليف الغافل قال دام
ظله ولو هاياه مولاه فاحرم في نوبته فالاقوى الصحة اقول موضع البحث
هو انه هاياه وجعل نوبته مدة تسع لافعال الحج كلها واذن له في السفر فيها
ان كان يحتاج الحج الى سفر ولم يخص اذنه بنوع من التصرفات بل اطلق فنقول
وجه القوة ان الاطلاق يقتضي التخيير بين كل التصرفات ولانه ملكه نوبته
فتناول الاذن باطلاقه الحج اذ صرفها في وجوه الخير اجود ويحتمل عدمه لعدم
اشتراط الاذن والتحقيق ان الاذن في الحج ان كان يستلزم وجوب التكلف
من القضاء لو افسد ومن الصوم في الكفارات فلا يصح لاستلزامه اللازم وهو

امكان لزوم ذلك اذ هو مستلزم التصرف في غير نوبته وان كان لا يبعد
ذلك فالاجود ما اختاره المصنف من الصحة واقوى من ذلك ما اذا لم يقتض
الاذن ما ذكرناه ونص المولى على عموم الاذن فانه يصح هنا قطعا
والفرق بين المطلق والعام قد ذكر في الاصول قال دام ظله ولو
افسد المأذون وجب القضاء وعلى السيد التمكين على اشكال اقول منشأه
من ان الاذن في الحج اذن في لوازمه ومن لوازمه انه لو افسد لوجب القضاء
ويحتمل عدمه لان الاذن في الحج اذن في طاعة فلا يستعقب العقوبة
بسبب جناية العبد ولان القضاء ملزوم للفساد ولانه معلول له والاذن
يتقيد بانه اذن له في حج صحيح فلزم اذنه منعه من الافساد فان الامر بالشيء
يستلزم النهي عن ضده ولانتفاء الدلالات الثلاث في الاذن على القضاء
بالافساد والاول قول الشيخ في المبسوط واعلم ان المصنف ذكر
مسئلة عقيب هذه بلا فصل اشارة الى الفرق بين هذه المسئلة وبينها والمسئلة
هي قوله ولو تطيب المأذون او لبس فعليه الصوم وللمولى منعه فجزم بالمنع
هنا وهو قول الشيخ في المبسوط ايضا وتشكك المصنف في القضاء ثم
والفرق ان وجوب الصوم بل كل العقوبات والكفارات بسبب فعل
العبد فلم يأذن المولى فيه فانما المأذون فيه الحج والاحرام وسبب هذا
الصوم وهو التطيب غير مأذون له فالمولى ما اذن في الصوم ولا في سببه
ولا فيما استلزمه وهكذا في كل الكفارات والعقوبات فلذلك جزم
المصنف بعدم وجوب التمكين من الصوم على المولى واما القضاء فعدم
وجوب تمكين المولى منه مبني على مقدمتين الاولى ان الثانية هي العقوبة
والثانية ان سبب وجوبها في هذا الموضع وامثاله الافساد لا غير لانه
لم يجب ابتداء ولا بسبب يأدية غير الافساد ولان الاصحاب عدوا
الافساد من الاسباب الموجبة للحج فعلى هاتين المقدمتين لا يجب على
المولى التمكين لان المولى ليس له اثر في وجوبها بل اذنه جعل المحل
قابلا لتأثير سبب الوجوب بعقد العتق ووجه الاولى والثانية انهما
مذكورتان في موضعه وانما على القول بان الاولى
هي

هي العقوبة وان الثانية هي الاصل ومن خواصها انها تقع عن ما كانت تقع عنه
الاولى لولا الافساد وان سبب وجوبها ليس كلما لم يكن قبل الشروع
واجبة انعقاد احرام الاولى تحتما او يجب اتمام الاولى وهاتان الخاصيتان
اجمع عليهما القائلون بان الثانية هي الاصل والاولى العقوبة فعلى هذه
المقدمة يجب على المولى التمكين لان المولى اذن في حج صحيح وفي
الاحرام واذنه سبب لصحة شروع العبد فيه واعتداده شرعا وصحة
شروعه واعتداده شرعا اوجب الحج الصحيح ولزم المولى تمكينه
منه وحيث لم يحصل الحج الصحيح بالاول وجبت الثانية بسبب الاحرام
الاول والشروع فيه فاذن السيد سبب فاعلي للسبب الفاعلي
لوجوب الثانية قلنا لزم من المقدمة الاخيرة وخاصيتها وجوب التمكين وقد
قال به كثير من الفقهاء بل هو الاقوى لم يجزم المصنف بعدم وجوب التمكين بخلاف
التطيب فان نسبة اذن المولى فيه نسبة العلة المعدة للمحل لقبول
الوجوب ولان في الحج القضاء نفسا لاداء حقيقته وانما يسمى قضاء
مجازا فالموجب لهذه الثانية التي تسمى قضاء مجازا واسناد الوجوب
الى الافساد مجاز لانه ان وجب ابتداء كما في حج الاسلام واخذ بقي
في عهدة التكليف لانه ما اتى بالمأمور فلم يجب بالافساد وان لم يجب ابتداء
وجب بالشروع بشرط القدرة وقد تحقق السبب والشرط ولا يرد النقض
بالصبي لانه كاشف عن عدم كون الاحرام ملزما واعلم ان ابن ادريس
اوجب في صوم الكفارة على المولى التمكين لعدم الفرق بين هاتين
المسئلتين عنده وانما طولنا الكلام هنا لانه موضع اشتباه قال
دام ظله ولو لم يجد الزاد والراحلة فامكن الشراء وجب وان زاد
عن ثمن المثل على رأي اقول ذهب الشيخ في المبسوط الى عدم الوجوب
لانه لو خاف على ماله التلف لم يجب حفظا للمال فكذا هنا وليس بجيد
لكون العوض ثمة على الآدمي وهو منقطع وههنا الثواب على الله
تعالى وهو كاف وقد تقدم في التيمم مثله والحق اختيار المصنف لانه
قد استطاع قال دام ظله وليس الرجوع الى كفاية

من صناعة او حرفة شرطاً على رأي اقول ما اختاره مذهب المرتضى وابن
ابي عقيل وابن الجنيد وابن ادريس لانه مستطيع وشرطه الشيخان وابو
الصلاح وابن حمزة وابن البراج لرواية ابي الربيع الشامي عن ابي عبد الله
عليه السلام انه سئل عن قول الله عز وجل ولله على الناس حج البيت من
استطاع اليه سبيلاً فقال ما يقول الناس قال قيل له الزاد والراحلة
قال فقال ابو عبد الله عليه السلام قد سئل ابو جعفر عن هذا فقال هلك
الناس اذن ان كان من كان له زاد وراحلة قدر ما يقوت عياله ويستغني به عن
الناس ينطلق اليه فيسلبهم اياه لقد هلكوا اذن فقيل له فما السبيل قال
فقال السعة في المال اذا كان يحج ببعض ويبقي بعض يقوت عياله اليس قد
فرض الله الزكوة فلم يجعلها الا على من يملك مائتي درهم والجواب انها
دالة على صرف بعض المال في الحج على المتمكن وبعضه يبقيه لنفقة عياله
وهذا مطلوبنا لا مطلوبكم قال دام ظله وهل يجب على المتضرر الاستنابة
الاقرب العدم اقول هذا اختيار ابن ادريس للاصل ولاستلزام عدم الشرط
عدم المشروط لعدم استلزام وجوده وجوده فلولا استلزام عدمه عدمه
لجاز ان يكون كل شيء شرطاً لغيره وذهب الشيخ وابو الصلاح وابن البراج
وابن ابي عقيل الى الوجوب لان علياً عليه السلام رأى شيخاً لم يحج قط ولم يطق
الحج من كبره فامره ان يجهز رجلاً فيحج عنه والجواب انه حكاية حال لا تعم
ان سلم السند قال دام ظله ولو لم يستمسك خلقة وجب الاستنابة على
رأي اقول المعتبر في الاستطاعة المباشرة في البدن امران الاول عدم مرض
يتضرر معه بالركوب او السفر بركوبه او خوف التلف او عنت او شين و
قوة يتمسك بها على الراحلة فمع عدمها هل تجب الاستنابة او لا والاول
تقدم واما الثاني فالخلاف كما مر ايضاً والاصل في هذه المسائل ان
الحج فرض يتعلق بالبدن والمال والاستطاعة في الثاني شرط في وجوبه
على البدن اجماعاً من المسلمين وقد فسر الفقهاء معنى الاستطاعة واما
الاستطاعة في الاول فشرط في وجوبه في المال ايضاً عندنا لقوله تعالى من
استطاع وقيل ليس بشرط فيجب الاستنابة لخبر امر علي عليه السلام
الشيخ

الشيخ بها قال دام ظله ولو كان العدو لا يندفع الا بمال وتمكن من التحمل
ففي سقوط الحج نظر اقول ينشأ من ان وجوب الحج مشروط بامكان المسير
وشرط الوجوب لا يجب تحصيله كما تقرر في اصول الفقه ومن انه مستطيع
اذ الاستطاعة القدرة وهي موجودة والعدو مانع من الحج عيناً والاقوى
عندي انه لا يجب فانه لا يجب دفع الظلم بالمال وهذا هو اختيار الشيخ في
المبسوط قال دام ظله ولو وجد بذرقة باجرة وتمكن منها فالاقرب عدم
الوجوب اقول هذه المسألة تتفرع على عدم وجوب دفع المال الى العدو اذا
كان يندفع بمال ويسقط الحج وتقريرها انه لو علم انه بالبذرقة يحصل الامن
من العدو وبدونها يحصل المنع من العدو او الخوف المسقط وتوقف البذرقة
على دفع اجرة لها وهو يقدر عليها هل يجب دفع الاجرة جعالة او اجارة
ام لا اما على القول بوجوب دفع المال الى العدو فيجب هنا قطعاً واما على
القول بعدم وجوب دفع المال الى العدو فيحتمل الوجوب هنا لانه دفع مال
بحق لانه في مقابلة عمل فيتنزل منزلة الاهبة كاجر الاهبة بخلاف دفع
المال الى الظالم فانه بغير حق ويحتمل عدم الوجوب لانه خسران لدفع ظلم فلا
يجب كتسليمه الى الظالم وهذا هو اختيار الشيخ الطوسي رحمه الله في
المبسوط وهو الاقوى عندي قال دام ظله ولو افتقر الى القتال فالاقرب
السقوط مع ظن السلامة اقول وجه القرب ان الحج وجوبه مشروط بتخلية
السرب والحج تحصيل شرط الوجوب لما تقرر في اصول الفقه ويحتمل مع
السلامة من جرح وقتل وشين ومرض الوجوب لانه مقدور ولا ضرر في
فعله ولانه امر بمعروف ونهي عن منكر واقامة لركن من اركان الاسلام
فيجب لعموم قوله عليه السلام لتامرن بالمعروف واعلم ان المصنف عليه
السلام اراد بالظن هنا العلم العادي الذي لا يعد العقلاء نقيضه من المخوفات
كامكان سقوط حائط سليم فتعقيبه لانه مع الظن بالمعنى المصطلح
عليه يسقط اجماعاً ونريد بالسلامة هنا السلامة من القتل والجرح والمرض
والشين لانه مع ظن احدها بالمعنى المصطلح عليه في لسان اهل الشرع
والاصول يسقط باجماع المسلمين والكافي بوجه هذه المسألة السقوط

الميقات

قال دام ظله اذا اجتمعت الشرائط واهمل الى قوله من اقرب الاماكن الى
عليه راى اقول ما اختاره مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف لعدم
تعلق غرض الشارع بقطع المسافة اذ وجوبه بالعرض واوجب الشيخ في النهاية
وابن البراج وابن ادريس الاستيجار من بلد الميت لانه مخاطب منه ولوجوب
الانفاق من ماله عليه في حياته من بلده فاذا مات سقطت المباشرة عن
بدنه وبقي ما وجب على ماله وهو ممنوع والاقوى عندي اختيار المصنف وهو
من اقرب الاماكن قال دام ظله ولا استقرار ما لم يمض بعد اجتماع
الشرائط ويمضي زمان جميع افعال الحج او دخول الحرم على اشكال اقول
نشأ من ان التكليف بفعل في زمان لا يتسع له ولا يمكن اتمامه خارج
ذلك الوقت محال عند الامامية والمعتزلة لانه من باب تكليف ما لا يطاق
فمع الاحرام ودخول الحرم بالموت ظهر انه لم يكن مكلفا بالحج لما ذكرنا في
القاعدة واذا انتفى التكليف لم يتحقق الاستقرار وهذا اختيار الشيخ
في المبسوط لانه قال بهذه العبارة شرط الاستقرار ان يمضي من الزمان
ما يمكنه فيه الحج بعد الوجوب ولا يفعل حتى استحقاق الاجير الاجرة
تماما به فدل على انه قائم مقام الكل ولانه كلما اجزأ عن الواجب فهو واجب
فان كان حال الاختيار فهو بدل اختياري وان كان حال الاضطرار فهو
بدل اضطراري فهذه قاعدة مجمع عليها خصوصا عند المعتزلة حيث قالوا
لا يجزي عن الواجب الا ما شاركه في الوجوه المقتضية لوجوبه فان كان في
كل الوجوه والمواقع لم يوجب الشارع احدهما عينا بل اوجبهما تخييرا والا
اوجب الناقص عند تعذر الزائد ولا شك ان من استقر عليه الحج وهو من جمع
شرائط الوجوب واستمرت الى ان يمضي زمان يمكن فيه الاتيان بجميع افعال
الحج اذا مضى تحقق ذلك واحرم ودخل الحرم ومات وله تركة تفي
بالاستيجار من بلده لجميع افعال الحج مع انتفاء معارضة دين اجزأ عنه
عن تمام الحج ولم يجب الاستيجار عنه فعقلا اجزأ عن الواجب وساواه
واسقط القضاء فيحصل به الاستقرار كادراك وقت الجميع لتساوي
المتساويين في الاحكام وفيه نظر لانا نمنع اجزاءه عن الواجب بل
نقول

بل نقول ان الشارع اسقط بالموت بعد الاحرام ودخول الحرم الوجوب بمعنى
حصول البراءة به لا انه قائم مقامه وهذا الاسقاط مجرد تفضل بخلاف
القضاء في الصورة المفروضة فلا يحصل به استقرار والحق عندي انه لا يستقر
الحج بذلك لانه من باب العجز الحسي فيستحيل معه ايجاب الحج واعلم ان
المصنف والذي جزم بعدم ذلك في التحرير وفي غير هذا الكتاب بعدم الاستقرار
قال دام ظله ولو استطاع في حال الردة وجب عليه وصح منه ان تاب
ولو مات اخرج من صلب تركته وان لم يتب على اشكال اقول هنا مسئلتان
آ ما ذكره المصنف هنا وهو حصول الاستطاعة بعد الردة ومات
ولم يتب هنا ومنشأ الاشكال فيها انه استطاع وكل من استطاع وجب
القضاء عنه من تركته والاولى بينة والثانية لعموم النص ومن انه لا يبرئ ذمة
الميت والوارث ليست عنه فلا يجب القضاء ولان القضاء عن الميت
رحمة وكرامة للمسلم لبراءة ذمته لولا انه العقل والنقل على ان ليس
للانسان الا ما سعى خرج عنه المنصوص فيبقى الباقي على الاصل ومن
قال ان المؤمن لا يكفر فقطع ظهر بالكفر عدم اسلامه ابتداء فذلك يجب القضاء والحق
عندي الاول لان الردة لا تسقط ولانه سبب الرخصة والتحقيق ان الوصف
تعلق بماله هنا للمسلمين اخذ بالنيابة فيجب اخراجه عنه ب اذا استطاع
قبل الردة واستمرت الاستطاعة مدة يمكن فيها الحج وانما اهملها لانه
يجب الاستيجار من ماله في الصورة الاولى عند المصنف فهنا اولى الوجوب
قال دام ظله ولو ركب البعض فكذلك على راي اقول اذا نذر الحج
ماشيا فركب بعض الطريق لغير عذر قضاه ماشيا كما لو ركب مجموع الطريق
وهو اختيار ابن ادريس للاخلال بالصفة المشترطة وقال الشيخ يركب
ما مشى ويمشي ما ركب لان الواجب عليه قطع المسافة ماشيا وقد حصل
مع التلفيق فيخرج عن العهدة والاقوى الاول قال دام ظله كان
كان مطلقا توقع المكنة والا سقط على راي اقول اذا نذر الحج ماشيا
وعجز فاما ان يكون مطلقا او معينا بسنة معينة فان كان الاول توقع

المكنة وان كان الثاني ففيه اقوال ثلثة آ سقوط الحج عنه لانه نذر حجا معينا من
حيث انه الحج الكلي فهو الحج ماشيا وقد عجز عن المنذور فيسقط لاستحالة التكليف
بما لا يطاق وهو اختيار ابن ادريس ب قول بعضهم انه يسقط عنه وجوب
المشي ويجب الحج راكبا لان الواجب بالنذر شيئان الحج والمشي ولا يسقط
الميسور بالمعسور ولا تجب الكفارة للاصل ج قول الشيخ الطوسي رحمه الله انه
يركب ويكفر ببدنة لقول ابي عبد الله عليه السلم عن رجل حلف ليحجن ماشيا فعجز
عن ذلك فلم يطقه قال فليركب وليسق الهدي والجواب المنع من صحة السند
او لا يجوز ان يكون المنذور حجا فيه هدي التمتع والالف واللام للعهد قال دام
ظله ولو نذر حجة الاسلام لم يجب غيرها ولو نذر غيرها لم يتداخلا ولو اطلق فكذلك
على راي اقول ما اختاره هنا مذهب الشيخ في الجمل والخلاف وابن البراج وابن
حمزة وابن ادريس لانهما فرضان متغايران فلا يجزي احدهما عن الاخر وقال الشيخ
في النهاية ان نوى بالمنذور اجزأ عن حجة الاسلام دون العكس اي وان نوى حج الاسلام
لم يجز عن النذر لرواية رفاعة بن موسى في الصحيح قال سالت ابا عبد الله عليه السلم
عن رجل نذر ان يمشي الى بيت الله هل يجزئه ذلك من حجة الاسلام قال نعم قلت ارايت
ان حج عن غيره ولم يكن له مال وقد نذر ان يحج ماشيا ايجزي ذلك من مشيه قال
نعم والجواب انه محمول على نذر حجة الاسلام قال دام ظله ولا المميز
على راي اقول هذا اختيار الشيخ لانه ليس من اهل التكاليف وقيل بصحته نيابة
لوقوع الحج منه قال دام ظله والاقرب اشتراط العدالة لا بمعنى عدم الاجزاء
لو حج فاسقا العاقل اقول وجه القرب ان الحج ثابت في الذمة فلا يخرج بقول
الفاسق عن العهدة لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا
ويحتمل القبول لانه مسلم اخبر عن فعل نفسه والاقوى الاول قال دام
ظله وللحامل والمحمول وان تعدد يحتسبان وان كان الحمل باجرة على اشكال
اقول تحرير البحث ان الانسان اذا حمل انسانا آخر في الطواف وقصد
الطواف عن نفسه لكن اراد ان يطوف المحمول بحمله ليحصل له طواف لكونه عليه
وقد اختلف الفقهاء هنا بعد اتفاقهم على وقوع طواف المحمول مع النية
منه ان كان بالغا ولو كان صبيا ونوى هو الطواف به معه فقال بعضهم
لا

لا يقع للحامل لان العبادة الواجبة يشترط فيها ان يوقعها لوجوبها لا لغرض آخر
وهو هاهنا القائلون بعدم تبينه التبرد الى الوصول بطل لمنافاة ذلك الاخلاص
وقال بعضهم لا يشترط ذلك بل يجوز ان يقصد به مع الغرض ما يؤدي اليه في
الاكثر لانه حامل له سواء قصد له او لم يقصد والمحمول حامل له فاذا تحرك
هو تحرك المحمول بالعرض قطعا وهو غير مناف والقائلون بهذا هم القائلون بجواز
ضم نية التبرد الى نية الاستباحة ثم استدل لها والاجتماع في هذه المسئلة بما رواه
حفص بن البختري في الصحيح عن الصادق عليه السلم في المراة تطوف بالصبي
وتسعى به هل يجزي ذلك عنها وعن الصبي قال نعم وما رواه الهيثم بن ابي عروة
عن الصادق عليه السلم قال قلت له اني حملت امراتي ثم طفت بها وكانت مريضة
وقلت له اني طفت بها بالبيت في طواف الفريضة وبالصفا والمروة واحتسبت
بذلك لنفسي فهل يجزي فقال نعم وقال ابن الجنيد ونعم ما قال ان كان الحمل باجرة لم
يجز عن الحامل لان الاجرة استحقاق قطع المسافة عليه بعقد الاجارة فلم يجز
صرفه الى نفسه كما لو استوجر للحج فاعترض عليه بحجه للبطلان ولم يجز له صرفه
الى نفسه كالمستاجر للحج فان العقد وقع على نفس الحمل فلا ينافي ارادة الطاعة
بخلاف الاستيجار للحج ثم قال المصنف فيه اشكال وقول ابن الجنيد عندي هو
الاقوى اما لو نوى الطواف للمحمول لم يقع عنه قطعا قال دام ظله ولو
احصر تحلل بالهدي ولا قضاء عليه وان كانت الاجارة مطلقة على اشكال اقول
قال الشيخ الطوسي رحمه الله لا قضاء عليه لان بالشروع تعين عليه الاتمام
فتعين الزمان واستلزم وجوب القضاء الحرج وقيل يجب لوجوب الحج في
ذمته من غير تعيين زمان فلا يبرأ الا بالفعل والاقوى عندي قول الشيخ
قال دام ظله ولو قصر عن الاجارة اعاد من الميقات على راي اقول قال الشيخ
تصرف في موجب العقد لعدم استلزام بطلان الخاص بطلان العام والاصح البطلان
لتعذر المعرف المعين وعليه منع نسخه اذ تعين المعرف تقتضي نفي غيره
قال دام ظله لو استاجره للحج الخاصة فاحرم من الميقات بعمرة عن نفسه
واكملها ثم احرم بحج عن المستاجر من الميقات اجزأ ولو لم يعد الى الميقات
لم يحرم مع المكنة ولو لم يتمكن احرم من مكة وفي احتساب المسافة نظر

بنسبة من صرفها الى نفسه فيحط من اجرته قدر التفاوت بين حجة من بلده وحجة من مكة ومن انه قصد بالمسافة الحج الملتزم الا انه اراد ان يربح في سعيه بعمرة فتوزع الاجرة على حجة من بلده احرامها من الميقات وعلى حجة من بلده احرامها من مكة فتسقط من المسمى بنسبة التفاوت وهو الوجه ان قصد بقطع المسافة الحج وان قصد الانعقاد فالاول **اقول** هذا التفصيل الذي جعله المصنف هو الوجه وهو الصحيح عندي **قال** دام ظله لو فاته الحج بتفريط تحلل بعمرة عن نفسه لا تنقلابه اليه ولا اجرة ولو كان بغير تفريط فله اجرة مثله الى حين الفوات قال الشيخ والاقرب ان له من المسمى بنسبة ما فعله **اقول** وجه القرب انه استوجر لجملة افعال فعل بعضها حال صحة العقد فانه لم يكن باطلا من اصله بل هو صحيح بعد ذلك الفسخ بغير فعله ولا تفريطه فكان له بقدر قسطه بحسب ما اقتضاه التوزيع للاجرة على ما فعل وما بقي كسائر الاجارات عند الامكان استيعاب اجرة المثل عنه كل المسمى ووجه ما قاله الشيخ انه فعل ما لم يقع متبرعا بل في مقابلته والعقد بطل بالنسبة اليه والى المجموع وباقي الاجزاء انما بطلانها بالنسبة الى المجموع فظاهر واما بالنسبة اليه فلانه انما اقتضاه باعتبار لحاجة للكل لا وحده لانه هو المراد بالاجارة فهذه الصفة سبب لبنية العقد للجزء وقد كشف العجز عن عدمها فتبين ولم يثبتها وهو معنى بطلان العقد عدم ترتب اثره عليه فلا يستحق التوزيع ولان المقصود من عقد المعاوضة الكل لا كل واحد بل انما قصده لتوقف الكل عليه لا بعينه وكلما كان كذلك لم يسقط عليه كاجزاء الصلاة والاصح عندي اختيار المصنف **قال** دام ظله ولو عين الموصي النائب والقدر تعينا فان زاد عن اجرة المثل وكان الحج مندوبا او لم يخرج من الثلث خرج ما يحتمله فان رضي النائب به والا استوجر بعينه بما يحتمل باجرة المثل **اقول** وجه الاول انه اوصى بشيئين احدهما صرف هذا القدر في الحج والثاني استيجار الشخص المعين ويجب العمل بالوصية ما امكن مراعاة الثلث او الاجازة فمع تعذر احدهما لا يسقط الميسور بالمعسور ووجه الثاني انه انما اوصى به في حج الشخص المعين فلا يتعدى الوصية فهنا الاحتمال من تعارض العمومين وقد حقق في الاصول والاقوى عندي الثاني وهو اجرة المثل

المثل **قال** دام ظله فالاقرب انشاء الاحرام من ادنى الحل ويحتمل مساواة اقرب المواقيت **اقول** وجه القرب انه ميقات للمضطر كالناسي وهذا الذي خرج على طريق لا يؤدي الى ميقات ولا الى محاذاته منهم لبعد الميقات ووجه الثاني ان الاعتبار بالمحاذاة انما هو المساواة **قال** دام ظله وناسي الاحرام اذا اكمل المناسك تجزيه على رأي **اقول** كذا قال الشيخ وابن حمزة الى الاجزاء لرواية جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن احدهما عليهما السلم في رجل نسي ان يحرم او جهل وقد شهد المناسك وطاف وسعى قال تجزيه نيته اذا كان قد نوى ذلك فقد تم حجه وان لم يهل وقال ابن ادريس لا يجزيه لانه لم يات بالعبادة على وجهها فيبقى في العهدة ولان نقص اركان الحج يخل وان النسيان يسقط الاثم لا الفعل والجواب ان الرواية مرسلة ولا نقول بعمومها لانها تقتضي تنزيل الجهل منزلة النسيان وجاهل الحكم لا يعذر والاقوى عندي الاول **قال** دام ظله ولو احدث فالاشد استئناف التلبية بالا اذى على الاعلى ومن عدم النص عليه **اقول** تقرير الاول ان اعادة التلبية انما استحب لكون النوم مظنة الحدث مع تحققه اولى وجه الاول المنع وعندي الثاني لانه من باب الاسباب فيقتصر فيه على موضع النص والصباح الاعادة الى احرام جديد **قال** دام ظله ولو احرم من غير غسل او صلوة ناسيا تدارك واعاد الاحرام وانما المعتبر اشكال **اقول** يحتمل اعتبار الاول لا بعد الاتيان به ان كان قد اتى بالمأمور به على وجهه اجزأ لاقتضاء الامر الاجزاء والا لم يحتسب الاعادة وهو باطل قطعا ولا يحتمل التكرار في الاحرام قبل الاحلال ويحتمل اعتبار الثاني لانه انما سنت الاعادة لادراك احرام الحج والعمرة يحمل فلو لم يكن الثاني هو المعتبر لم يحصل الفائدة من الاعادة فيكون عبثا ونظيره الغاية في استدراك جاب الشهيد اذا خرج من مكة وعلى الاستحباب وعلى الاستحباب النذر للحج بنية او نذر شيئا من فعل الاحرام بنيته **قال** دام ظله لو نوى الاحرام للحج والعمرة او نواهما معا او العمرة المطلقات **اقول** هنا مسئلتان الاولى في اطلاق نية الاحرام من غير تعيين حج او عمرة واختار المصنف البطلان لوجوب التعيين وانما يحصل بالنية ولان الاحرام لذاته يتسبب عنها احد النسكين بحسبه وحيث تعلقت

لا يكون بجعل جاعل متأخر عن وجوده ولأنه عقد وقع على وجه فإن لم يلزم أحدهما
لم يترتب آثار المسبب عليه وهو معنى بطلانه وإن لزم فإما بهما أو بأحدهما
بعينه أو لا بعينه والكل باطل لاستلزام الأول الترجيح من غير مرجح
وأما الثالث فلأن الإحرام هو المقتضي للدخول في النسك لا غيره إجماعًا
والدخول في غير المعين محال فإذا لم ينعقد به شيء لم يصح وقال الشيخ في
المبسوط يتخير إن كان في أشهر الحج وإن كان في غيرها لم ينعقد إحرامه إلا بالعمرة
واحتج عليه بما روي عن النبي عليه السلام أنه أحرم ثم انتظر الوحي ثم
عين بعد مجيء الوحي والجواب المنع من صحة السند وجاز كونه من
خصائصه أو منسوخ ب لو نوى بإحرام واحد الحج والعمرة بوجه واحد وبنوع
واحد عن نسك واحد مع سياق الهدي فالقران عند ابن أبي عقيل لما
روي أن عليًا عليه السلام قال لبيك بحج وعمرة معًا ولما رواه الحلبي في
الصحيح عن الصادق عليه السلام أنه قال إنما نسك الذي يقرن بين الحج والعمرة ولا
يصلح إلا أن يسوق الهدي والجواب منع صحة السند في الأولى والثانية
تدل على اشتراط سياق الهدي في القران لا غير وهو قولنا ولا تدل على قولهم
والوجه اختيار المصنف وهو البطلان لما رواه حفص بن البختري في الصحيح
عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال لا يكون القران إلا بسياق الهدي
الحديث يعني سكينة عنه وما رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام
قال إنما نسك الذي يقرن بين الصفا والمروة مثل نسك المفرد وليس أفضل
منه إلا بسياق الهدي والمماثلة تستلزم اتحاد الأفعال قال وأما طله الإحر
جواز الحرير للنساء أقول هذا مذهب المفيد وابن إدريس لأنه يجوز لها
أن تصلي فيه إجماعًا وكلما يجوز لها أن تصلي فيه يجوز لها أن تحرم فيه لقول الصادق عليه
السلام كل ثوب تصلي فيه فلا بأس أن تحرم فيه وذهب الشيخ وابن الجنيد إلى عدم
الجواز لقول أبي عبد الله عليه السلام المرأة المحرمة تلبس ما شاءت من الثياب غير
الحرير والقفازين والأول هو الأصح عندي لما رواه الشيخ في الصحيح
عن يعقوب بن شعيب قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام المرأة تلبس القميص
تزره عليها وتلبس الخز والحرير والديباج قال نعم لا بأس وتلبس الخلخالين
والمسك والجواب عما قاله حمل الرواية على الكراهية
لأن

لأن الرواية التي ذكرناها في بحثنا في الصحاح والتي احتج بها الشيخ من
الصحاح أيضًا فلكل الرواية التي ذكرناها صريحة في الإباحة والتي ذكرها
الشيخ ليست بصريحة في التحريم لأنها تحتمل الكراهة فوجب الجمع وما ذكرناه
والجمع أولى من إبطال أحدهما والصريح أولى بالعمل من المحتمل قال وأما
ظله ولو أكمل عمرة التمتع المندوبة ففي وجوب الحج إشكال أقول منشأه
الإشكال أنها جزء من الحج لقول النبي عليه السلام دخلت العمرة في الحج هكذا وشبك
الأصابع وكل من دخل في حج تم الحج ويجب عليه الحج للآية ومن أنهما نسكان متغايران
ولأن ذكرهما في الآية بقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله مع عدم استلزامه
على التكرار اتفاقًا يدل على عدم الاكتفاء في وجوب أحدهما بالأمر الآخر وإلا
كان تكرارًا والأقوى عندي الوجوب وهو اختيار الشيخ في النهاية وأبي حمزة
وابن البراج قال وأما ظله ويجوز لمن نوى الإفراد الطواف والسعي والتقصير
وجعلها عمرة التمتع ما لم يلب فإن لبى انعقد إحرامه وقيل إنما الاعتبار بالقصد
لا التلبية أقول الأول قول الشيخ في النهاية لرواية أبي بصير الصحيحة قال قلت
لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يحج مفردًا ثم يطوف بالبيت ويسعى بين الصفا والمروة
ثم يبدو له أن يجعلها عمرة قال إن كان لبى بعدما سعى قبل أن يقصر فلا متعة له
والثاني قول ابن إدريس لقوله عليه السلام إنما الأعمال بالنيات والذي أفتى به الثاني
وهو اختيار والدي قال وأما ظله والمشترط مع الحصر التحلل بالهدي
وفائدة الشرط جواز التحلل على رأي أقول هذه المسألة في المحصور وذكر
في باب المصدود حكمه وأنا أذكر الأقوال في الموضعين هنا لاشتراكهما
في المعنى العام وهو المنع عن وقوف متمم للحج وبعده ركن وتوابعه لي
لعدو أو نسيان يفوت الحج أو عن مكة في العمرة بعدو أو مرض فأقول
أجمع الكل على استحباب الاشتراط وإنما النزاع في أمرين في فائدته وفيه أقوال
آ جواز التحلل للمحصور فإنه إذا لم يشترط لم يجز له التحلل لأمره عليه السلام بالاشتراط
في جواب السؤال عن خوف المرض وقال عليه السلام لضباعة قولي لبيك اللهم
لبيك ومحلي من الأرض حيث حبستني فإن لك على ربك ما استثنيت الحديث
فعلى هذا لو ترك الاشتراط لم يتحلل بل يصبر إلى إدراك الحج أو العمرة ومحلله
مع الاشتراط بالهدي للآية بعينه وتتوقع بلوغ محله لقوله تعالى ولا تحلقوا

الهدي

دون سكم حتى يبلغ الهدي محله واما المصدود ففائدة للاشتراط فيه سقوط الهدي
يعني انه يتحلل بغير هدي لانه لا بد له من فائدة وليست جواز التحلل لجوازه
بدونه لحديث حمزة بن حمران قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الذي يقول حلني
حيث حبستني فقال هو حل حيث حبسه الله عز وجل قال او لم يقل الحديث وليس
المراد المحصور لانه ذكر فيه المصدود حجا بلى لا اذ له **ح** سقوط دم التحلل
عن المصدود والمحصور لقوله عليه السلام لضباعة فان لك على ربك ما استثنيت
ولم يشترط الهدي فلو كان شرطا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة
وهو قول بعض اصحابنا منهم المرتضى ويعرف منه قول ابن ادريس فانه
لم يوجب في تحلل المصدود الهدي واوجبه في تحلل المحصور واسقطه بالاشتراط
بشرط ان لا يكون قد ساق هديا وهذا القول ليس بجيد عندي لقوله تعالى
فان احصرتم فما استيسر من الهدي ولان النبي عليه السلام صد في الحديبية
فنحر واحل ورجع وقال عليه السلام خذوا عني مناسككم **ح** فائدته جواز تحلل
المحصور من غير تربص لفعل الحسين عليه السلام كما روي عنه واما المصدود فلا
اثر له فيه بل هو تعبد شرعي لعوده لا يسقط به الهدي **د** قول ابي الصلاح انه
بالحصر والصد يجب انفاذ الهدي ويواعد اصحابه ليذبحوه يوم النحر ففائدة
الشرط جواز تعجيل التحلل فيهما **ه** قول الشيخ وابن الجنيد انه لا يتحلل
الا بالهدي وانفاذه في المحصور ولا يسقط في المصدود وعلى هذا التقدير
لا يكون للاشتراط اثر بل يكون تعبدا شرعيا اذ الاحرام اما ان ينعقد او لا ولا
يقبل التزلزل ولا التعليق بشرط ولان الآية تدل على المصدود ايضا وهذا
هو الصحيح عندي وهو الذي افتى به والدي المصنف وانما ذكرنا ذلك
ههنا وفي حكم المصدود حكاية لقول الاصحاب اذا تقرر ذلك فنقول قول
المصنف وفائدة الشرط جواز التحلل ليس المراد منه المنع من التحلل لو لم يشترط
بل معناه ان التحلل ممنوع منه مع العذر وعدم الاشتراط يكون جواز
التحلل رخصة ومع الاشتراط يصير التحلل مباح الاصل وسببا باجتماعهما (?)
صالح الاشتراط والعذر والفائدة تظهر فيما لو نذر ان يتصدق كلما
فعل رخصة بكذا وفي التعليق **قال** دام ظله ولا فرق جواز توكيل
المحل المحرم محلا **اقول** وجه الفرق ان الوكيل والموكل عنه محلان فجعل

عدم

عدمه لان ولايته مترتبة على ولاية الحج وهو ممنوع منها لعقد فالحرمة عليه اولى
ومنشأ الاشكال انه هل يكون نائبا عن الحج او عن المولى عليه خلاف والاصح عندي
الجواز **قال** دام ظله واقامة على اشكال **اقول** ينشأ من اطلاق الاصحاب
منع الشهادة عليه ومن قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا ولانه اخبار لا انشاء
والاخبار اذا كان صدقا ولم يشتمل على ضرر لم يحرم ولانه اولى بالاباحة من
الرجعة فان الرجعة ايجاد النكاح في الخارج والشهادة ايجاد ذهني واثبات
حكمي فاذا جاز الوجود الخارجي فالوجود الذهني والثبوت الحكمي اولى ولان تركها
مظنة للزنا والضرر على الغير فيكون من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وكذلك يجب
قال المصنف في الدرس المقصود من كلام الاصحاب تحريم اقامة الشهادة على عقد
وقع بين محرم ومحل او بين محرمين **قال** دام ظله فان كان المنكر المرأة فالاقرب وجوب
المهر كملا **اقول** اذا ادعى الزوج وقوع العقد حالة الاحرام وانكرت المرأة فالقول قولها
مع اليمين وعدم البينة فاذا حلفت هل يجب لها كل المهر او نصفه اختار شيخنا وجوب
الكل لوجود المقتضي وهو العقد وذهب الشيخ في المبسوط الى وجوب النصف وسقوط النصف
لانه حرم عليه نكاحها باعترافه قبل الدخول فيجب لها نصف المهر كالطلاق ومبنى هذه
المسألة ان المهر هل يجب بالعقد وانما يتشطر بالطلاق كما اختاره شيخنا او يجب بالفسخ (?)
قبل الدخول كما اختاره الشيخ او يجب النصف بالعقد والنصف الاخر بالدخول او الموت
كما اختاره المفيد فعلى الثاني والثالث يجب النصف وعلى الاول يجب الكل احتج
الشيخ بان الاصل براءة الذمة وفيه نظر لان الاصل انما يكون حجة اذا لم يثبت خلافه
والزوج قد ثبت في ذمته المهر فلا يصح له الاستدلال باصل البراءة هنا اما على قول
المفيد فيصح له الاستدلال باصل البراءة هنا **قال** دام ظله الطيب مطلقا على رأي
اقول هذا مذهب الشيخ في المبسوط والاقتصاد والمفيد والمرتضى وابي جعفر
بن بابويه وابي الصلاح وسلار وابن ادريس لقول الصادق عليه السلام لا يمس المحرم
شيئا من الطيب وهو عام ولان النبي عليه السلام قال في محرم وقصت به ناقته لا تقربوه
طيبا فانه يحشر يوم القيامة ملبيا وهو عام فتحريمه على الحي اولى وقال الشيخ في النهاية
الذي يحرم من الطيب المسك والعنبر والزعفران والورس والعود والكافور وما
عداه من الطيب مكروه واختاره ابن حمزة احتج الشيخ بما رواه معوية (?)

بن عمار عن الصادق عليه السلام قال انما يحرم عليكم من الطيب اربعة اشياء المسك
والعنبر والورس والزعفران وعن ابن يعفور عن الصادق عليه السلام قال الطيب
المسك والعنبر والزعفران والعود والجواب ان الحديث الذي
رويناه في التحريم من الصحاح وهاتان الروايتان ليستا من الصحاح واسقط
في التهذيب العود والكافور واسقط ابن البراج العود قال دام ظله ولا
لتحاك بالسواد على راي اقول هذا قول الشيخ في النهاية والمبسوط والمفيد
وسلار وابن ادريس لقول ابي عبد الله عليه السلام لا تكتحل الرجل والمراة المحرمان
بالكحل الاسود الا من علة والنهي يقتضي التحريم وجعله الشيخ في الخلاف و
الاقتصاد مكروها للاصل والاقوى عندي التحريم قال دام ظله والنظر
في المراة على راي اقول هذا قول الشيخ في المبسوط والنهاية وابي الصلاح وابن
ادريس لما رواه حماد في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام قال لا تنظر في المراة وانت محرم
فانها من الزينة وذهب في الخلاف الى الكراهة وهو مذهب ابن ادريس وابن حمزة
للاصل قال دام ظله واخراج الدم اختيارا على راي اقول هذا اختيار المفيد
والمرتضى وسلار وابي الصلاح وابن ادريس لرواية الحلبي الصحيحة قال سالت الصا
دق عليه السلام عن المحرم يحتك قال نعم ولا يدمي والنهي للتحريم وذهب الشيخ
في الخلاف وابن حمزة الى الكراهة لما رواه حريز في الصحيح عن الصادق عليه
السلام انه قال لا باس ان يحتجم المحرم ما لم يحلق او يقطع الشعر والاحتجام يستلزم
الادماء والجواب انه محمول على الضرورة ورواية التحريم ارجح لانها ناقلة
عن الاصل وهذه مقررة له والتاسيس اولى من التاكيد كما عرفت في الاصول ولانها
صريحة في النهي عن الادماء يدل عليه بالمطابقة ورواية الاباحة لا تدل على اباحة
الادماء بالمطابقة ولا بالتضمن بل لاستلزام الاحتجام للادماء في الاكثر
وقد يتخلف عنه فلا يترجح على الدال بالمطابقة صريحا قال دام ظله
والجدال وهو قول لا والله وبلى والله والاقرب اختصاص المنع بهذه الصيغة
وفي دفع الدعوى الكاذبة اشكال اقول وجه القرب اختصاص مورد النص
ومن المشاركة في المعنى ومن الاشكال في دفع الدعوى الكاذبة عموم
النهي

للتحريم ولرفع الكفارة قال دام ظله ولا يشقهما لو اضطر على راي اقول
ذهب الشيخ في المبسوط الى وجوب الشق للنهي عن ستر ظهر القدم بالخف ولا يتم الاحتراز
الا بالشق وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وذهب في الخلاف الى عدم الشق
للاصل قال دام ظله والحناء للزينة على راي اقول المشهور بين الاصحاب
الكراهة ولنا انه زينة وكل زينة حرام اما الصغرى فلانه المقدر واما الكبرى
فلرواية حريز في الصحيح عن الصادق عليه السلام انه قال لا تكتحل المراة المحرمة بالسواد
ان السواد زينة فتعليله بها يدل على تحريمها احتج بالاصل وبرواية ابن سنان
الصحيحة قال سالته عن الحناء فقال ان المحرم ليمسه ويداوي به بعيره وما هو
بطيب وما به باس والجواب ان الاصل مردود بالنص والرواية مرسلة وغير
محل النزاع لان البحث في استعماله في الزينة قال دام ظله ولبس الخلاخل اختيارا
على راي اقول هذا مذهب الشيخ في المبسوط والنهاية وابن ادريس وابي الصلاح
وابن حمزة وقيل هو مكروه والاقوى عندي اختيار المصنف

الفصل الثاني

في الطواف قال دام ظله والبداة بالحجر الاسود فلو ابتدا بغيره لم يعتد بذلك
الشوط الى اول الحجر فمنه يبتدئ احتسابا ان جدد النية عنده للاتمام مع احتمال
البطلان اقول تحرير هذه المسالة انه يجب الابتداء في الطواف بالحجر الاسود فيحاذيه
بجميع بدنه في مروره لان النبي عليه السلام كذلك طاف وقال خذوا عني مناسككم
فلو ابتدا من غير الحجر الاسود لم يعتد بما فعله حتى ينتهي الى الحجر الاسود فيكون
منه ابتداء طوافه فلا بد ان يكون ناويا لعدد سبعة اشواط منه اليه فان فعل لا
استدامة حكمها للعين فصح طوافه كما لو قدم المتوضي غسل بعض اعضائه لا
المتعينة على غسل وجهه فانه يجعل غسل الوجه عند فعله ابتداء ويكون النية
مستحضرة بالفعل عند غسل الوجه لاستدامة الحكم للعين ووقع
اشتباه في قوله للاتمام فيحتمل ان يكون مراده بدل اللام لام التعليل والغرض
انه فعل طوافا تاما بنية صحيحة بجميع الشرائط للطواف ويصح
ويحتمل البطلان لانه زاد في طواف الفريضة فيبطل كما لو زاد ركعة
في الصلاة فلا بد ان يمكن من هذا الشوط الذي ابتدا منه بغير الحجر ومن
ابتدائه بالحجر لكونه مفسدا وبطلان ذلك الشوط وانه يبدي الطواف

بما تجري الآن فلو غفل عن هذا واحتمل ان يكون بينهما كان كزيادة ركن في الصلاة
ويفرق بينه وبين الوضوء ان الوضوء ابطل بالزيادة فيه ويحتمل انه اراد بالاتمام
اتمام الشوط الناقص بحيث يحصل تمامه ابتداء به نهايته وهذا وجد حاشية
على نسخة الاصل التي هي بخط المصنف ويحتمل البطلان للابتداء بغير الحجر الاسود
فقد فات الشرط **قال** دام ظله والمشي والاقتصاد فيه بالسكينة على راى
والرمل ثلاثا والمشي اربعا في طواف القدوم على راى **اقول** في هذا الكلام
مسائل **آ** استحباب المشي في الطواف لانه عليه السلام طاف في اكثره ماشيا
والافضل ان لا يركب الا لعذر ويجوز الركوب اختيارا لما رواه جابر قال طاف
رسول الله صلى الله عليه وآله في حجة الوداع على راحلته بالبيت وبالصفا ليراه
الناس وليشرف عليهم ليسالوه فان الناس غشوه وايضا فعله عليه السلام
من لبيان جوازه **ب** يستحب الاقتصاد فيه اي في الطواف بالسكينة والوقار
سواء كان ماشيا او على راحلته واجمعت الامة على استحباب الاقتصاد فيه في الجملة
ثم اختلفوا فقال بعضهم بالاقتصاد والسكينة في جميع الطواف وهو قول
الشيخ في النهاية وابي الصلاح وابن ادريس وابن ابي عقيل وابن الجنيد لعموم
الآية ولرواية عبد الرحمن بن سنان قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن الطواف
فقلت اسرع واكثر او امشي وابطئ فقال مشي بين المشيين وقال بعضهم يرمل
ثلاثا ويمشي اربعا في طواف القدوم خاصة وهو قول الشيخ في المبسوط وابن حمزة
اقتداء بالنبي عليه السلام لانه كان يفعل رواه جعفر بن محمد عليه السلام وهنا فوائد
آ الرمل في طواف القدوم في الثلاثة اشواط الاول من الحجر اليه اجمع العلماء
كافة على انه لا رمل في كل طواف ولا في كل طواف القدوم ولو تركه فيها
او في بعضها لم يقضه في شيء من الاشواط الاربعة الباقية ولو تركه في بعضها
استحب في باقي الثلاثة ولو تركه في طواف القدوم لم يقضه في طواف الزيارة
والاركان معتبرة لطواف النبي عليه السلام **ب** قوله وهي اربعا المراد بالمشي
هنا المقابل للرمل وهو الاقتصاد في الحركة لا المشي على رجليه **ج** ترك هذه
المندوبات هو ترك الاولى وفرق بينه وبين المكروه ان المكروه ما تعلق بنهي الشارع
على عينه **قال** دام ظله ولو نسي طواف الزيارة وواقع بعد
رجوعه

رجوعه الى اهله فعليه بدنة والرجوع للحلق وقيل لا كفارة الا على من واقع بعد الذكر
اقول الاول قول الشيخ في النهاية والمبسوط والثاني قول ابن ادريس حجة الشيخ
رواية معاوية بن عمار الحسنة عن ابي عبد الله عليه السلام انه سئل عن متمتع وقع على اهله
ولم يزر قال ينحر جزورا وقد خشيت ان يكون قد ثلم حجه ان كان عالما وان
كان جاهلا فلا باس عليه وكذا **احتج** ابن ادريس حيث قال لا باس ويروى
عيص بن القاسم في الصحيح قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل واقع اهله حين
ضحى قبل ان يزور البيت قال يهريق دما **قال** دام ظله ولو نذر الطواف على
اربع فالاقوى بطلان النذر **اقول** هذا قول ابن ادريس لانها كيفية غير مشروعة
ولانه صلاة للحديث المتواتر والصلاة يجب فيها القيام فلولا منع المساواة في الاحكام
لانه مجاز يكفي البعض للمناسبة قلنا بل هو علم لانه عليه السلام استثنى الكلام و
الاستثناء يدل على العموم لان اقرب المجازات الى الاتحاد المساواة في كل الاحكام
فيحمل عليه وذهب الشيخ الى انعقاده ووجوب اسبوعين ليديه ورجليه لقضاء
امير المؤمنين عليه السلام في المراة الناذرة والجواب منع السند والاقوى الاول
وهو البطلان **المقصد الرابع** في التقصير **قال** دام ظله ولو طاف المتمتع الحاله
في العمرة فاحل وواقع ثم ذكر التقصير اتى بدم وكفر سنة على رواية **اقول** هذه رواية
عبد الله بن مسكان في الموثق قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل طاف بين الصفا
والمروة ستة اشواط وهو يظن انها سبعة فذكر بعد ما احل وواقع النساء انه انما طاف
ستة اشواط فقال عليه دم بقرة يذبحها ويطوف شوطا آخر ولعلم ان هذا هو
الاقوى عندك وبه افتى المفيد وخالفه الشيخ في المبسوط وفي باب الكفارات من
النهاية وقال لا دم عليه للاصل **قال** دام ظله ومن ترك التقصير حتى اهل بالحج سهوا
صحت متعته ولا شيء وروي شاة **اقول** اختار المصنف هنا هو مذهب الشيخ
وعلي بن بابويه وابن البراج للاصل وقوله وروي شاة اشارة الى رواية اسحق بن عمار قال
قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يتمتع فينسى ان يقصر حتى يهل بالحج فقال عليه دم
يهريقه **قال** دام ظله وعمدا يبطل متعته ويصير حجة مفردة على راي ويبطل الثاني على راي
اقول الاول قول الشيخ لرواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام قال المتمتع اذا طاف
وسعى ثم لبى بالحج قبل ان يقصر فليس له متعة والمراد به المتعمد لرواية معوية بن
عمار في الحسن عن الصادق عليه السلام قال سالته عن رجل اهل بالعمرة ونسي ان

يقصر حتى دخل الحج قال يستغفر الله ولا شيء عليه وتمت عمرته والثاني قول ابن ادريس
لانه منهي عنه والنهي في العبادات يدل على الفساد وهو قوي عندي والجواب
عن الرواية الاولى ان في طريقها اسحق بن عمار وفيه قول الفصل الخامس في
احرام الحج والوقوف قال دام ظله وما ذكره عملاً يبطل حجه لا ناسيا على رأي
اقول القران تقدم فلا حاجة الى التكرير ويرجح ما ذكره المصنف في المختلف
الصحة لما رواه الشيخ في الحسن عن علي بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلم قال
سألته عن رجل نسي الاحرام بالحج فذكر وهو بعرفات ما حاله قال يقول اللهم على كتابك
وسنة نبيك فقد تم احرامه وان جهل ان يحرم يوم التروية بالحج حتى رجع الى بلده ان
كان قضى مناسكه كلها فقد تم حجه والمراد بناسي الاحرام ناسي التلبية مع فعل
النية فان القايل بقيام النسيان مقام الفعل لم يقل به ان نسيان النية مع
وجود نيتها قايم مقام فعلها اما لو ترك النية فانه يبطل قطعا قال دام
ظله فيجب ما يجب على المحرم من الكفارة على اشكال اقول يعني ناسي الاحرام
لو فعل ما يوجب الكفارة قبل تحلله كما لو جامع قبل طواف النساء هل يجب عليه
الكفارة ام لا قال المصنف فيه اشكال ومنشأ الاشكال انه يحتمل الوجوب لانه
بحكم المحرم والا لم يكن للتحللات معنى ولقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا
جدال في الحج فتعلق التحريم بكونه في الحج والبحث هنا في صحة الحج بلا احرام مع النسيان
فصار بحكمه ولرواية جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن احدهما عليهما السلم
في رجل نسي ان يحرم او جهل وقد شهد المناسك كلها وطاف وسعى قال تجزيه
نيته اي تجزيه النية عن التلبية فعلى هذا تجب الكفارة ويحتمل العدم للاصل
ولانه ليس بمحرم حقيقة وقال تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما
هذا التحقيق هذا الموضع والحق عندي الوجوب قال دام ظله ولو جوز له
الطواف بعد الاحرام حتى يرجع من منى فان طاف ساهيا لم ينتقض احرامه
قيل ويجدد التلبية ليعقد بها الاحرام اقول قوله قيل الى اخره اشارة الى
قول الشيخ في النهاية والمبسوط واختاره ابن حمزة لما رواه الحلبي في الصحيح عن
الصادق عليه السلم قال سألته عن الرجل يأتي المسجد الحرام يطوف بالبيت
قال نعم ما لم يحرم دلت على المنافاة ومع وجود المنافي لا بد من التجديد قال ابن
ادريس لا يجب تجديد التلبية واختاره الذي المصنف في المختلف
لان

لان احرامه منعقد فلا يحتاج الى عقد ثانيا الاولى ما رواه عبد الحميد بن سعيد
عن ابي الحسن الاول عليه السلم قال سألته عن رجل احرم يوم التروية من عند المقام
بالحج ثم طاف بالبيت بعد احرامه وهو لا يرى ان ذلك لا ينبغي له أينقض طوافه
بالبيت احرامه فقال لا ولكن يمضي على احرامه واما الثانية فلاستحالة تحصيل
الحاصل والجواب والذي عن حجة الشيخ بان النهي عن الطواف لا يقتضي
ابطال الاحرام ولا يدل على وجوب التلبية بشيء من الدلالات الثلاث والاقوى
عندي اختيار المصنف في المختلف قال دام ظله ولو ادرك الاضطراريين
فالاقرب الصحة اقول ظاهر كلام المفيد وكلام الشيخ في النهاية انه
بادراك الاضطراريين يدرك الحج لان كل واحد من الاختياريين له بدل يجزي
عند حال الاضطرار بانفراده فيجزي حالة الاجتماع تحقيقا للبدلية وفيه نظر ولما
رواه جميل في الحسن عن الصادق عليه السلم قال من ادرك المشعر يوم النحر قبل
زوال الشمس فقد ادرك الحج وما رواه عبد الله بن مسكان في الصحيح عن ابي الحسن
عليه السلم انه قال اذا ادرك مزدلفة فوقف بها قبل ان تزول الشمس يوم النحر
فقد ادرك الحج ومن ثم قال ابن الجنيد يدرك الحج بادراك اضطراري واحد
وقويها والذي المصنف على انه لا يدرك بالاضطراريين ما رواه الحسن العطار عن الصادق
عليه السلم قال اذا ادرك الحاج عرفات قبل طلوع الفجر فاقبل من عرفات ولم
يدرك الناس بجمع ووجدهم قد افاضوا فليقف قليلا بالمشعر وليلحق الناس بمنى
ولا شيء عليه وقال بعض الاصحاب لا يدرك الحج بادراك الاضطراريين لرواية محمد
بن سنان قال سألت ابا الحسن عليه السلم عن الذي اذا ادركه الناس فقد
ادرك الحج فقال اذا اتى جمعا والناس بالمشعر الحرام قبل طلوع الشمس فقد
ادرك الحج ولا عمرة له وان ادرك جمعا بعد طلوع الشمس فهي عمرة مفردة
ولا حج له الحديث والاقوى عندي الاجزاء بالاضطراريين الفصل السادس
في مناسك منى قال دام ظله والمجزي الواحد في الواجب الا عن واحد ومع
الضرورة الصوم على راي اقول هذا اختيار ابن ادريس وقال الشيخ
في النهاية والمبسوط يجزي مع الضرورة عن سبعة وعن سبعين اذا كانوا
اهل خوان واحد واختاره المفيد واجزأ البقرة عن خمسة من اهل بيت واطلق
سلار الاجزاء عن خمسة والاول هو الحق لقوله تعالى فمن لم يجد وعدم

الركب بعدم اجزائه وبما رواه في الصحيح الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال
يجزي البقرة والبدنة في الامصار عن سبعة ولا تجزي عن الاعز واحد ومحجة
كل فريق ذكرها والبكي في النهاية والمنتهى والمختلف **قال** دام ظله
وان وجد وقت الذبح فالاقرب وجوبه **أقول** وجه القرب انه مامور بالذبح
في وقت وقد وجد فيه فيجب لقوله تعالى فمن لم يجد ومن فهم معنى الشرط وجعل
عدم الوجدان وقت الذبح ويحتمل العدم لانه اتى ببدل مشروع فلو لم يسقط
التعبد به لم يكن بدلا وليس بجيد لان شرط التكليف بالفعل في وقت اشتماله على
مصلحة تقتضي وجوبه او وجه يقتضي وجوبه في ذلك الوقت ولا تحصل في غيره
وشرط البدل الاضطرار وعدم اشتماله على جميع الوجوه المقتضية لوجوبه
واشتماله على بعضها كما تقرر في علم الكلام ولا يتحقق الا بعدمه في الوقت
المعين لا في غيره ولعلم انه يريد بقوله وقت الذبح هنا يوم النحر ثم ذكر
المصنف بعد ذلك ولو وجده بعدها قبل التلبس بالسبعة ذبحه استحبابا
المراد هنا انه وجده بعد الثلاثة قبل التلبس بالسبعة في باقي ذي الحجة بعد يوم
النحر واذا جاز بعدم البدل مع العلم بعدمه فشرطه المطابقة لا مطلقا
قال دام ظله ولو مات من وجب عليه الصوم قبله صام الولي عنه
وجوبا العشرة على رأي **أقول** المدعى ان من وجب عليه الصوم في بدل الهدي
وتمكن من صوم العشرة ولم يفعل ثم مات وجب على الولي قضاء العشر وهو الاقوى
عندي وذهب الشيخ وابن حمزة الى قضاء الثلاثة خاصة وما ذكره هنا اختيار
ابن ادريس لانه صوم واجب فاته مع تمكنه منه وكل صوم هذا شانه وجب
على الولي قضاؤه اما الصغرى ففرضية واما الكبرى فلرواية معوية بن عمار
في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام قال من مات ولم يكن له هدي لمتعته فليصم
عنه وليه والمفهوم منه صيام بدل الهدي احتج الشيخ بما رواه الحلبي
في الحسن عن ابي عبد الله عليه السلام انه سئل عن رجل تمتع بالعمرة ولم يكن له هدي
صام ثلاثة ايام في ذي الحجة ثم مات بعدما رجع الى اهله قبل ان يصوم السبعة
الايام على وليه ان يقضي عنه قال ما ارى عليه قضاء والجواب ان
هذه من الحسان والاولى من الصحاح والصحاح مقدمة على الحسان مع التعارض
قال دام ظله والاقوى وجوب الاكل **أقول** هذا اختيار ابن
ادريس

ادريس وهو الاقوى عندي لقوله تعالى فكلوا منها والامر للوجوب وذهب الشيخ
رحمه الله وابو الصلاح الى الاستحباب للاصل ولان امر الاكل لم يرد الا على الاباحة
والجواب عن الاول الحجة في الاصل مع دلالة القرآن على خلافه وعن الثاني بمنع
كلية الثانية **قال** دام ظله والحلق افضل خصوصا للملبد والصرورة ولا يتعين
عليهما على رأي **أقول** هذا اختيار الشيخ وابن البراج وابن ادريس وقال الشيخ
في النهاية لا يجزي الصرورة ولا الملبد الا الحلق وبه قال ابن حمزة لرواية ابي بصير
عن الصادق عليه السلام قال على الصرورة ان يحلق راسه ولا يقصر انما التقصير لمن
يحج حجة الاسلام وبما رواه الشيخ في الصحيح عن معوية بن عمار عن الصادق عليه
السلام قال ينبغي للصرورة ان يحلق وان كان قد حج فان شاء قصر وان شاء حلق قال
واذا لبد شعره او عقصه فان عليه الحلق وليس له التقصير والجواب انه يحمل
على الاستحباب جمعا بين الادلة احتج الاولون بقوله تعالى لتدخلن المسجد
الحرام ان شاء الله آمنين محلقين رؤوسكم ومقصرين وليس المراد الجمع بل اما
التخيير او التفصيل وليس الثاني والا لزم الاجمال فتعين الاول وما رواه
حريز في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله
يوم الحديبية اللهم اغفر للمحلقين مرتين قيل وللمقصرين يا رسول الله قال وللمقصرين
فدل على ان الحلق افضل وهذا هو الصحيح عندي **قال** دام ظله ويجب
على المرأة التقصير ويحرم الحلق وفي اجزائه نظر **أقول** منشأه من انه ماولجي منه
يحصل التقصير ومن النهي عنه والنهي يدل على الفساد **قال** دام ظله فاذا حلق
او قصر احل من كل شيء الا الطيب والنساء والصيد على اشكال **أقول** منشأ الاشكال
ان سببه هل هو الاحرام لانه يستثنى من الاحلال فيمنع الاحرام منه لم يزل او الحرم
لانهم علقوه بكونه في الحرم والفائدة تظهر في تضعيف الكفارة وعدمه وعموم
تحريم الصيد واكل اللحم وان خرجا عن الحرم وعدم ذلك **قال** دام
ظله ويحرم على المرأة لو تركته على اشكال **أقول** منشأه عدم النص والاصل
وتحريم النساء المحرم للمرأة على الرجل للرجل على المرأة لعدم تحققه الا منهما واشتراك
منفعته بينهما **قال** دام ظله وهل يشترط مغايرته لما ياتي من طواف النساء
في احرام آخر اشكال **أقول** منشأه انه شرع لتحلة النساء فانه يحصل
بالثاني لم يجز وانه وجب باحرام جديد فلا يتداخلان والاقوى الثاني **قال**
دام ظله ويحرم على المميز النساء بعد بلوغه لو تركه على اشكال **أقول**

بيّنا من ان احرام الصبي هل هو معتبر في نظر الشرع او تمرين ومن اقتضاء العموم ومن انه تكليف او من قبيل الاسباب **الفصل السابع** في باقي المناسك **قال**
دام ظله ويرفع بناء فوق الكعبة على راي **اقول** حرمة الشيخ لمناسبة التعظيم
وقول ابي جعفر عليه السلم لا ينبغي لاحد ان يرفع بناء فوق الكعبة والاحتياط يقتضي تحمل
المحتمل للتحريم عليه مع التبادر **قال** دام ظله ومنع الحاج دور مكة **اقول**
حرمة الشيخ لان مكة هي المسجد الحرام والمسجد الحرام للجميع سواء عنده والاجارة
اما المقدمة الاولى فلقوله تعالى سبحان الذي اسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام
الى المسجد الاقصى وكان الاسراء من دار ام هانئ ولقوله تعالى الذين كفروا
يصدون عن سبيل الله والمسجد الحرام وكان قد صد النبي عليه السلم عن مكة
واما الثانية فلقوله تعالى سواء العاكف فيه والباد **والجواب** ان تسمية
مكة بالمسجد مجاز للحرمة والشرف والضمير هنا راجع الى المسجد الحرام حقيقة
وهو مسلم واحتج الاخرون بقوله تعالى للفقراء المهاجرين الذين اخرجوا من
ديارهم اضاف الديار اليهم والمفهوم من الاضافة الملك **المقصد الثالث** في
التوابع **قال** دام ظله ولو استطاع الحج للافراد دون عمرته فالاقرب وجوبه
خاصة **اقول** وجه القرب عموم قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع
اليه سبيلا ويحتمل عدمه لعدم النص واصل البراءة والحق عندي الاول وكذا
العكس **قال** دام ظله ولو كانت عمرة الاسلام او النذر فعن النفل اشكال **اقول**
منشاؤه في عمرة الاسلام اختلاف الاصحاب فجوزه في المبسوط لان التمتع افضل
ومنعه ابنا بابويه وابن ادريس لوجوبها وزيادة افعالها وبه يظهر منشاؤه في
المنذورة **قال** دام ظله والعقد على اشكال **اقول** منشاؤه ان الاحرام يحرم
النساء وطيا ولمسا وعقدا ثم نصوا على ان طواف النساء يحلل النساء والتحلل انما
هو ممن تناوله التحريم النساء بتحريم الوطي لانه المتبادر الى الفهم ولو زال الاحرام
بالذبح والحلق وطواف الزيارة **قال** دام ظله واختلف في الزمان بين
العمرتين فقيل سنة وقيل شهر وقيل عشرة ايام وقيل بالتوالي **اقول** الاول
لابن ابي عقيل لقول الصادق عليه السلم والعمرة في كل سنة مرة ولقول الباقر
عليه السلم لا يكون عمرتان في سنة واحدة والثاني قول ابي الصلاح وابن حمزة
والثالث قول الشيخ وابن الجنيد وابن البراج لقول ابي الحسن عليه السلم لكل
شهر

شهر عمرة فسألته على العمرة ايكون اقل فقال يكون لكل عشرة ايام عمرة والرابع قول
السيد المرتضى رحمه الله في المسائل الناصرية وابن ادريس لعدم النص المحدد لما بين العمرة
الى العمرة كفارة لما بينهما ولم يفصل والاصح عندي جواز التوالي **والجواب**
عن الروايات لا دلالة على منع صحة السعي لما ذكرناه **الفصل الثاني** في الحصر والصد
قال دام ظله وهل يكفي هدي السياق عن هدي التحلل الاقوى ذلك مع نيته **اقول**
قال ابي المصنف يحتمل قوله مع نيته وجهين ا انه يكفي لكن يستحب التغاير وهو مذهب
الشيخ ابي جعفر وابي الصلاح وسلار وابن البراج ب انه ان كان مندوبا كفى والا
فلا ووجه القوة على التقدير الاول عموم قوله تعالى فان احصرتم فما استيسر من
الهدي ويحتمل عدمه لما ياتي ووجهه على الثاني اما للاجماع على الندب فلما مر واما عند
مع الوجوب فلان الامرين اذا تغايرا واختلف سببهما تعددا على ما قرر
في الاصول والبحث يشمل المصدود والمحصور فان قوله تعالى فان احصرتم المراد
به المعنى الاعم وهو المنع بالحصر بحيثهما **قال** دام ظله ولا بدل له على اشكال **اقول**
ينشا من قوله تعالى فان احصرتم فما استيسر من الهدي ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي
محله فلو كان الصوم او الاطعام بدلا لجاز الحلق قبل البلوغ فيخرج الغاية عن
كونها غاية وهو نسخ قبل الحضور ولان الهدي اقيم مقام الاعمال ولو قدر على الاعمال
لم يحلل الا بها فاذا عجز لم يحلل الا بدلها ومن الحرج **قال** دام ظله لان التحلل
انما يجوز بالصد او بعلم الفوات على اشكال **اقول** ذهب الشيخ في المبسوط الى
جواز التحلل بعلم الفوات واختاره المرتضى وابن ادريس لوجوبها المنتقى في الصد وهو
الضرر ببقاء الاحرام ولانه غير مستطيع بل هنا ابلغ من الصد لجواز الادراك معه
واذا جاز التحلل مع مظنة الفوات فمع علمه اولى ويحتمل عدمه لانه محرم فيجب
الكمال ما احرم له او العمرة لقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله وجواز تحلل
المصدود بالهدي قبل الفوات للحرج لا يقتضي شرعيته هنا لانه ليس بمصدود
مع نصهم على وجوب التحلل بالعمرة على من فاته الحج ويمكن الفرق بانقلاب
احرامه الى العمرة مع الفوات وهذا تقوية المصنف لي والاصح عندي انه لا يحلل
الا بالعمرة مع علم الفوات **قال** دام ظله ويحرم التحلل من هدي مع
الاشتراط على راي **اقول** قد تقدم البحث في ذلك **قال** دام ظله

لو صد عن مكة بعد الموقفين فان لحق الطواف والسعي للحج في ذي الحجة صح حجه
والا وجب عليه العود من قابل لاداء باقي المناسك ولو لم يدرك سوى الموقفين
فاشكال **اقول** ينشأ من ان ادراك الحج لقوله عليه السلام الحج عرفة
ويلوح من كلام الشيخ في المبسوط عدم ادراك الحج لان الاصل ان الجزء
لا يقوم مقام الكل وخص بموضع النص فلا يتعدى لان كلما هو على خلاف
الاصل يقتصر فيه على موضع النص **قال** دام ظله لو افسد قضاء وتحلل وجبت
بدنة الافساد ودم التحلل والحج من قابل فان قلنا الاولى حجة الاسلام لم يكف
الواحد والا فاشكال **اقول** ينشأ من ان ادراك الحج لقوله عليه السلام الحج
عرفة ويلوح من كلام الشيخ في المبسوط عدم ادراك الحج لان هذه المسألة مبناها
على مسألتين **أ** ان الاولى هل هي حجة الاسلام لقول الشيخ في النهاية لرواية زرارة
في الحسن قال سألته اي الحجتين لهما الاولى التي احدثا فيها ما احدثا والاخرى عليهما
عقوبة **والجواب** انها مقطوعة لان زرارة لم يسندها الى امام وان كان الظاهر
اسنادها الى الصادق عليه السلام لانه من رجاله او عقوبة كقول ابن ادريس وهو الحق عندي
لان الفاسد لا يجوز ان يكون حجة الاسلام لانه لو اجزأ عن الصحيح لما كان فاسدا
ب على تقدير كون الاولى عقوبة هل تقضى مع الصد يحتمل وجوب قضائها
لانها حج واجب صد عنه وكل حج واجب صد عنه وجب قضاؤه والمقدمتان
ظاهرتان ويحتمل العدم وهو الاقوى عندي لان الصد والتحلل مسقط لوجوب الاولى
والقضاء انما يجب بامر جديد ولان وجوب العقوبة الاصلي قد زال وانما وجب اتمامها
للشروع فيها كالمندوبة وما وجب بالشروع خاصة لا يجب قضاؤه مع الصد اذا
تقرر ذلك **فنقول** على القول بان الاولى حجة الاسلام لا يكفي الواحد
لان حجة الاسلام لم يحصل والعقوبة لا يخرج عنها وعلى القول بان الاولى
عقوبة فان قلنا العقوبة لا تقضى يكفي الواحدة وان قلنا انها تقضى لم يكف
الواحد لكن على هذا التقدير يأتي بحجة الاسلام اولا ثم في السنة الثانية يأتي
بما لعقوبة هذا تحقيق هذه المسألة **قال** دام ظله فان انكشف العدو والوقت
باق وجب القضاء وهو حج يقضي لسنته على اشكال **اقول** هذا مبني على ان
الاولى هل هي حجة الاسلام او عقوبة فان قلنا ان الاولى حجة الاسلام
كان

كان هذا الحج الثاني به قضاء عن تلك الفاسدة فهو حج يقضي لسنته وان قلنا
ان الاولى عقوبة فهذه حجة الاسلام فلا يكون قضاء لتلك الفاسدة فلا يكون
هذا حجا يقضي لسنته وان قلنا ان العقوبة تقضى على تقدير ان يكون الاولى
عقوبة يجب عليه حج آخر قضاء للفاسدة لكن في سنة اخرى لان حجة الاسلام
تقدم على قضاء العقوبة اجماعا وان قلنا لا تقضى لم يجب عليه قضاؤها و
الاقوى عندي ان الاولى عقوبة وان العقوبة لا تقضى **قال** دام ظله واذا
تحلل القارن اتى في القابل بالواجب وقيل بالقران **اقول** الاول قول ابن
ادريس والمصنف هنا وفي المختلف والنهاية والمنتهى والثاني قول الشيخ
وابن حمزة لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام انه سأله عن القارن
يحصر وقد قال واشترط فحلني حيث حبستني ولا يبعث هديه قلنا هل يتمتع من
قابل قال لا ولكن يدخل في مثل ما خرج عنه ومثله روى رفاعة وفي الصحيح
عن الصادق عليه السلام **والجواب** حملها على ما اذا تعين بنذر وشبهه وهذا
هو الاقوى عندي **قال** دام ظله وهل يسقط الهدي مع الاشتراط في المحصور
والمصدود قولان **اقول** قد مضى هذا البحث والمراد هنا اذا اجتمع الحصر والصد
في حاله بحالة واحدة والحق انهما اذا اجتمعا في حالة واحدة تخير في الاحلال بحكم
ايهما شاء واعلم ان الخلاف فيما تقدم وهنا معا انما هو فيمن لم يسق الهدي
اما مع سياقه فلا يسقط باجماع الامة **قال** دام ظله وروي ان من بعث هديا
من افق من الآفاق تطوعا يواعد اصحابه وقت ذبحه او نحره ثم يجتنب ما يجتنبه
المحرم ولا يلبي فاذا حضر وقت الوعد احل ولو فعل ما يحرم على المحرم كفر استحبابا
اقول هذه رواية رواها الشيخ ابو جعفر بن بابويه في الصحيح عن معاوية
قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبعث بالهدي تطوعا وليس بواجب
فقال يواعد اصحابه يوما فيقلدونه فاذا كان تلك الساعة اجتنب ما يجتنبه
المحرم الى يوم النحر فاذا كان يوم النحر اجزأ عنه الحديث وقوله ولا يلبي لرواية
عبد الله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال ان ابن عباس وعليا
كانا يبعثان بهديهما من المدينة ثم يتجردان وان بعثا بهما من افق من الآفاق
واعدا اصحابهما بتقليدهما واشعارهما يوما معلوما ثم يمسكان يومئذ

الجميع التجرّي عن كل ما يمسك عنه المحرم ويجتنبان كل ما يجتنبه المحرم الا انه لا يلبّي
الا من كان حاجا او معتمرا وقوله كغيره استحبابا لما رواه هارون
بن خارجة في الصحيح قال ان ابا مراد بعث ببدنة وامر الذي بعث بها
معه ان يقلد ويشعر في يوم كذا وكذا فقلت له انه لا ينبغي لك ان تلبس فبعثني
الى ابي عبد الله عليه السلام وهو بالحيرة فقلت له ان ابا مراد فعل كذا وكذا
وانه لا يستطيع ان يدع الثياب لمكان ابي جعفر فقال مره فليلبس الثياب
ولينحر بقرة يوم النحر عن لبسه الثياب لانا نقول هذا امر والامر للوجوب
لا انا نقول الموجب للاحرام اجماعا فلم يوجد **الفصل الثالث** في كفارات
الاحرام **قال** دام ظله وروي في الاسد اذا لم يرده كبش **اقول** اختلف الاصحاب
في قتل الاسد في الحرم فقال ابن بابويه فيه كبش وقال الشيخ لا شيء عليه واختاره ابن حمزة
وابن ادريس احتج الاولون بما رواه سعيد المكاري قال قلت لابي عبد
الله عليه السلام رجل قتل اسدا في الحرم قال عليه كبش يذبحه وهي ضعيفة **قال** دام
ظله ويجوز الحكم لقوله وشراء القماري والدباسي واخراجها من مكة للمحل وفي
المحرم اشكال **اقول** منشأه من انها صيد وكل صيد حرام على المحرم اما الاولى
فظاهرة واما الكبرى فلقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وهي عامة
بالاجماع في المعقود والمحرمين وذهب القائل بالاباحة الى انها مخصصة بالرواية
ومن عموم ما رواه معاوية في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن شراء
القماري يخرج من مكة او المدينة فقال ما احب ان يخرج منها شيء وهي تدل
على الكراهية لان المراد لو كان التحريم لزم تحريم اخراجها من المدينة
ولو كان للتحريم والكراهة لزم استعمال المشترك في كلي معنييه وفيه
نظر اما اولا فلانه للقدر المشترك واما ثانيا فلان هذه رواية آحاد لا يعارض
القرآن ولانها حكاية حال فلا تعم ولعدم صلاحيتها لانها للتخصيص
الآية اذ ليست دالة لانها مبيحة والحق عندي التحريم **قال** دام ظله
والاقرب وجوب الصوم عن الستين وان نقص البدل **اقول** اذا قتل النعامة
فعليه بدنة فان عجز فض ثمنها على البر واطعم ستين مسكينا لكل مسكين
نصف صاع فان زاد الثمن على ستين كانت الزيادة له وان
نقص

نقص عن الستين لم يجب عليه الاتمام فان عجز صام عن كل نصف صاع يوما
ستين يوما فلو نقصت قيمة البدنة عن الستين كأن وجب تخيير الاعتبار ولم
يتمكن من القيمة هل يجب عليه صوم ستين ام لا الاقرب الصوم عن الستين الاقرب
الثاني لان الستين انما يجب اذا كان القيمة موجودا او اخرجه اما بدله فلا
ويحتمل الاول لان الصوم بدل الاطعام الواجب احتياطا لحالة الاضطرار
فيقدر لعدمه والاقرب عندي عدم الاجزاء لان البدل الاضطراري للملزم
مساواته في الحكم للمبدل منه ولان بدلية المجموع للمجموع لا يستلزم بدلية
الاجزاء للاجزاء **قال** دام ظله فان عجز صام ثمانية عشر يوما وفي وجوب
الاكثر لو امكن اشكال **اقول** منشأه من ان العجز عن المركب يتحقق بالعجز
عن بعض اجزائه ومن ان سقوط احد الواجبين لا يستلزم سقوط الآخر **قال** دام
ظله ولو عجز بعد صيام شهر فاقوى الاحتمالات وجوب تسعة ثم ما قدر ثم
السقوط **اقول** وجه الاول ان الثمانية عشر بدل الشهرين ونصف
البدل بدل نصف المبدل ولما بطل الاحتياج الى بدله ووجه الثاني ما
تقدم ووجه الثالث انه قد صام ثمانية عشر واعلم ان منشأ الاحتمالات
ان المكلف اذا علم انتفاء شرط التكليف قبل دخول وقته هل يحسن منه
التكليف للاصوليين فيه قولان والله عالم بكل معلوم فهو يعلم انتفاء
شرط التكليف بالشهرين فعلى القول بانه لا يحسن التكليف لم يكن مكلفا
بالشهرين بل بالثمانية عشر يوما وقد اتى بها في ضمن الشهر وعلى القول بانه
يحسن لم يقع ما صامه عن الثمانية عشر يوما لاستحالة التكليف بالبدل
الاضطراري والمبدل معا لتنافيهما واستحالة صحة تقدم الفعل
على التكليف فيجب ان يستأنفها او ما قدر على الاحتمالين **قال** دام ظله
وفي فرخ النعامة صغير من الابل على رأي **اقول** هذا اختيار الشيخ
في الخلاف وابن البراج والمفيد والمرتضى وابن ادريس وابي الصلاح لقوله
تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم وقال في النهاية مثل ما في النعامة لصدق
الاسم عليها وعلى الكبير بالتواطي فيستويان في الحكم المعلق عليه والاصح
عندي الاول **قال** دام ظله وفي الثعلب والارنب شاة وقيل كالظبي

اقول ذهب الشيخان والمرتضى وابن ادريس الى ان حكم الثعلب والارنب في الابدال
حكم الظبي وابن ابي عقيل وعلي بن بابويه لم يتعرضا لغير بدل الظبي ولم يذكر ابن
ابي عقيل حكم الثعلب والارنب احتج الشيخ بما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن
الباقر عليه السلم قال سألته عن قوله تعالى او عدل ذلك صياما قال عدل الهدي
ما بلغ يتصدق به فان لم يكن عنده فليصم بقدر ما بلغ قال دام ظله والابدال على
الترتيب على رأي اقول هذا اختيار السيد المرتضى والشيخ في المبسوط والنهاية
والمفيد وابن ابي عقيل وابي الصلاح وهو الاقوى عندي لرواية ابن محبوب عن علي
بن رئاب عن ابي عبيدة عن ابي عبد الله عليه السلم قال اذا اصاب المحرم الصيد ولم يجد
ما يكفر من موضعه الذي اصاب فيه الصيد قوم جزاؤه من النعم دراهم ثم قومت الدراهم
طعاما لكل مسكين نصف صاع فان لم يقدر على الاطعام صام لكل نصف صاع
يوما وذهب الشيخ في الخلاف والجمل في باب الصوم الى التخيير لقوله تعالى فجزاء
مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة او كفارة طعام
مساكين او عدل ذلك صياما لان لفظة او تقتضي التخيير قال دام ظله
وفي كسر كل بيضة من القطاة والدراج من صغار الغنم وقيل مخاض من الغنم
الحقوله لقوله جزاء ما قتل من النعم فان عجز فكبيض النعام قيل معناه يجب عن كل بيضة شاة
اقول وجه الاول قوله تعالى فجزاء ما قتل من النعم وهو اختيار الشيخ ابي القسم
بن سعيد رحمه الله والثاني قول الشيخ وابن حمزة وابن ادريس وهو اختيار المصنف في
المختلف واحتج بما رواه سليمان بن خالد في الصحيح قال قال ابو عبد الله عليه
السلم في كتاب علي في بيض القطاة بكارة من الغنم وانما قلنا ان ذلك مع التحرك
لما رواه سليمان بن خالد ومنصور بن حازم في الصحيح عن الصادق عليه السلم
قال سألناه عن محرم وطئ بيض القطاة فشدخه قال يرسل الفحل في مثل عدد
البيض من الغنم كما يرسل الفحل في عدة البيض من الابل والوجه حمل هذا
الحديث على التحرك والاول على عدمه لعدم المناسبة فان تعذر الارسال
قال الشيخ ابو جعفر الطوسي كان حكمه حكم بيض النعام سواء قال
ابن ادريس معناه انه يجب في كل بيضة شاة فان عجز فكبدل الشاة في
بيض

بيض النعام وهو قول الشيخ المفيد وقال ابن حمزة ان عجز عن الارسال تصدق عن كل
بيضة قطاة بدرهم ورد المصنف قول ابن ادريس والمفيد بانه لا يكون الاستبدال
الاقوى عن الاضعف مع العجز عن الاضعف لا يستلزم التكليف بمثل ذلك ولا ريب
ان الارسال في التكليف اضعف لجواز عدم حصول الانتاج فكيف يتوهم ايجاب
الاقوى وهو الشاة التي لا تجب حال الممكنة مع العجز احتج المفيد بما رواه سليمان
بن خالد في الصحيح عن الصادق عليه السلم قال في كتاب علي في بيض القطاة كفارة
مثل ما في بيض النعام والجواب ان المماثلة في مطلق الكفارة لا تقتضي المماثلة
في القدر قال دام ظله ولو ضرب ظبيا فنقص عشر قيمته احتمل وجوب عشر الشاة
لو جرحها في الجميع وهو يقتضي التقسيط وعشر ثمنها والاقرب ان وجد المشارك في الذبح
فالعين والا فالقيمة اقول وجه الثاني الحرج في التقسيط ووجه الثالث امكانه
مع وجود المشارك وثبوته مع انتفائه وهو الاقوى عندي قال دام ظله ولو
ازمن صيدا او ابطل امتناعه احتمل كمال الجزاء لانه كالهالك والارش اقول
وجه الثاني انه لم يتلفه بل نقصه والاقوى عندي الاول قال دام ظله
وقيل في البطة والاوزة والكركي شاة اقول قال في المبسوط فيه شاة قال ولو
قلنا فيه القيمة لانه لا نص فيه كان جائزا وقال ابن حمزة فيه شاة واوجب ابن بابويه
الشاة في كل طير عدا النعامة لرواية ابن سنان الصحيحة عن الصادق عليه
السلم انه قال في محرم ذبح طيرا ان عليه دم شاة يهريقه قال دام ظله
ولو فقد العاجز عن البدنة البر دون قيمته فالوجه للاحتمالات التعديل
عند فقده ثم شراء غيره وفي الاكتفاء بالثمن لو زاد اشكال فان تعذر
احتمل التخيير والاقرب البدل ثم الانتقال الى الصوم اقول وجه قول الاول
ان الواجب البر ويمكن تحصيله بعد وقت فيجب تعديل القيمة بوصلة الى
حصول الواجب وقيامه مقامه كالهدي ووجه الثاني اشتراكهما في المعنى المقصود
منه ومنشأ الاشكال في الاكتفاء بالثمن اختصاصه بالبر وقيام هذا
مقامه وهو ضعيف عندي والحق وجوب الزائد ووجه التخيير تساويهما
في المعنى المقصود منه وتعذر البر ووجه وجوب الاقرب اليه قوة
حصول المعنى المقصود منه ووجه الانتقال الى الصوم انه عاجز عن البر
وهو الصحيح قال دام ظله والاولى الحاق المعدل بالزكوة

مال المصنف الى الجواز ولا استبعاد فيه كما قال ابن ادريس ولا الامور ان مقصود وهو الصدقة على عشرة مساكين او صام ثلثة ايام

أقول وجه الأول أنه حق آدمي يتعلق به لعدم معرفته فوجب أن يخرج عن
العهدة به ويحتمل الضمان لأن ذمته مشغولة فلا يبرأ إلا بالإخراج ولم يحصل
والأول هو الأقوى عندي قال دام ظله ومن قتل صيدا معينة فإن أكله
تضاعف الفداء والأقرب أنه يفدي القتيل ويضمن قيمة المأكول أقول الأول
قول الشيخ في النهاية والمبسوط لأن علي بن جعفر سأل أخاه موسى عليه السلام عن قوم
اشتروا ظبيا فأكلوا منه جميعا وهم حرم ما عليهم فقال على كل من أكل منهم فداء
صيد على كل إنسان منهم على حدته فداء صيد كاملا ولو وجب قيمة اللحم المأكول
لبينه عليه السلام وإلا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ووجه الثاني أن أبان بن
تغلب سأل أبا عبد الله عليه السلام عن محرمين أصابوا فراخ نعام فذبحوها وأكلوها
فقال عليهم مكان كل فرخ أصابوه وأكلوه بدنة ولو تضاعف الفداء لكان
عليهم أي على كل واحد منهم عن كل فرخ أكله من كل فرخ بدنة كاملة فلو أكل
جزءين من فرخين من كل فرخ جزءا كان عليه بدنتان وأما وجوب القيمة فلأن لحم الصيد
يضمن بالإتلاف لاختلاف الأسباب ولأن للأسباب الفداء كفارة وضمان
الأكل ضمان متلف ولأنه أعظم تشديدا على المحرم مع الإحرام في حرمته عالمه من تشديد
الضمان ولأن تغيره بقيمته بالأكل فكذا هو والرواية غير منافية لها لعدم استلزام
وجوب البدنة نفي القيمة قال دام ظله ولو جرحه ثم رآه سويا ضمن أرشه
وقيل ربع القيمة أقول وجه الأول أنها جناية مضمونة فكان عليه أرشها
والثاني قول الشيخ في النهاية والمبسوط وابن إدريس وابن البراج لأن علي بن جعفر سأل
أخاه موسى عليه السلام عن رجل رمى صيدا فكسر يده أو رجله وتركه فرعى الصيد
قال عليه ربع الفداء والجرح مع التلف فداء وللكسر مع التلف فداء وبدونه مع عدمه
قال دام ظله فلو وقع الصيد في شبكة فخلصه إلى قوله فمات في تلفه ضمن على
إشكال أقول منشأه من تعارض عمومي من أثبت يده على صيد ضمنه وما
على المحسنين من سبيل ومن أنه هلك بتصرفه ومن أنه أثبت يده عليه تعديا
قال دام ظله والأقرب أنه لا شيء في الواحدة مع الرجوع أقول وجه القرب
أنهم جعلوا في حمام الحرم عن كل حمامة شاة فإذا عاد أخرج شاة وهو
جمع والجمع لا يصدق على الواحد ولأنها لو تلفت لوجبت الشاة بل يجب مع العود
ولأنها لتساوي حالتا العود وعدمه والنفس فتعرف ويحتمل
وجوب

وجوب الشاة لأنه اسم جنس كالتمر فيصدق في الواحدة ولأنه فعل محرم
فوجب الفداء ولمساواة الجزء الكل في فداء الصيد ولهذا لو اشترك اثنان
في قتل صيد كان على كل واحد فداء كامل وهذا هو الأقوى عندي و
المراد بالرجوع العود إلى السكون في الموضع المعتاد لها من الحرم قال دام
ظله ولو أمسك المحل الأم في الحرم فمات الولد في الحل ففي ضمانه نظر ينشأ من كون
الإتلاف بسبب في الحرم فصار كالرمي من الحرم أقول هذا وجه الضمان ووجه
عدمه أنه محل أهلك صيدا في الحل فلا ضمان قال دام ظله ولو هلك قبل ذلك
بآفة سماوية فالأقرب الضمان أقول وجه القرب أن التنفير سبب صالح للضمان
مع المباشرة من آخر لأنه لو أخذه آخر ضمن المنفر كالآخذ فمع الانفراد أولى ومن
أنه لا يد ولا جناية ولا علية وصورة النص أنه إذا أهلك بعضا لم يكن منه شيء أو أخذه
آخر ولم يحصل شيء منهما والأصح عندي الضمان قال دام ظله وقيل يضمن بنفس
الإغلاق ويحمل على جهل الحال كالرمي أقول هذا قول الشيخ لأن يونس
بن يعقوب سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أغلق بابه على حمام الحرم وفراخ
وبيض فقال إن كان أغلق عليها قبل أن يحرم فإن عليه لكل طير درهما و
لكل فرخ نصف درهم وللبيض لكل بيضة ربع درهم وإن كان أغلق عليها
بعدما أحرم فإن عليه لكل طائر شاة ولكل فرخ حملا وإن لم يتحرك فدرهم وللبيض
نصف درهم فعلق على الإغلاق فلو شرط شيء آخر لزم تأخير البيان عن وقت
الحاجة ولأن زيادة شرط منفي ولم يثبت ووجه اختيار المصنف أن الضمان إنما
يجب مع احتمال تلف الصيد ولأنه قبل التلف مخاطب بالإطلاق لا بالفداء
ولا بالقيمة قال دام ظله ولو حل الكلب المربوط فقتل صيدا ضمن وكذا الصيد على
إشكال أقول منشأه من أنه هلك بسببه ومن أنه فعل سائغ محسن فيه وما على
المحسنين من سبيل قال دام ظله ولو نفر من ملكه في الحرم فالأقرب الضمان
لأن حرمة الحرم شاملة أقول يحتمل عدمه لأن له التصرف كيف شاء والحق الأول
لأن للأسباب المباحة في ضمان الصيد كالمحرمة بل المأمور بها كذلك قال دام ظله
ولا يدخل الصيد في ملك المحرم المحول وقيل يملك وعليه إرساله أقول الثاني قول
الشيخ رحمه الله لتحريمه عليه لا الأخذ فإرساله لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر
ما دمتم حرما ووجه اختيار المصنف أن الإحرام يمنع ملك الصيد

ابتداءً وهو موجود وللخواجه احتمالات للمصنف قال دام ظله ولو استودع صيداً محلاً
ثم احرم سلّمه الى الحاكم ان تعذر المالك فان تعذر فالى الثقة المحل فان تعذر فاشكال
ارسله ارساله والضمان اقول منشأه من تعارض تحريم امساك الصيد ووجوب
حفظ الوديعة والاقرب تغليب حرمة الحرم مع مراعاة مصلحة المالك بالضمان وهو
الاقوى قال دام ظله ولو كسر بيضة فخرج فاسداً فالاقرب عدم الضمان اقول وجهه
ان الفرخ الفاسد لا قيمة له ولما ورد في الرواية بما قيل ان النحل ربما ان لو فعل عليه
السلم ان البيض مما افرخ وليس له قيمة ويحتمله لانه جناية محرمة والاقوى عندي
عدم الضمان قال دام ظله وبالبيض الحاشية ولغيرها اشكال اقول من حيث النص
ومن انه ادى الكفارة وذلك نحوه عن المدخل له في الكفارة والاقوى انه يصح
الكفارة ويأثم بالمخالفة قال دام ظله فان اصابه فدخل الحرم ومات فيه ضمنه على اشكال
اقول منشأه من ان البيت غير مضمون بل هو مباح ومن ان السراية في الحرم وحرمة الحرم
شاملة قال دام ظله وفي تحريم صيد حمام الحرم في الحل على المحل نظر اقول ذهب الشيخ
في النهاية وكتاب الحج من المبسوط الى التحريم لما رواه علي بن جعفر في الصحيح قال سألت
اخي موسى عليه السلم عن حمام الحرم يصاد في الحل فقال لا يصاد حمام الحرم حيث كان اذا علم
انه من حمام الحرم والنهي للتحريم وجوّزه في كتاب الصيد من المبسوط والخلاف واختاره
ابن ادريس للاصل ويعارض بالاحتياط قال دام ظله وفداء المملوك لصاحبه
وان زاد على القيمة على اشكال اقول منشأه من عموم قولهم وفداء المملوك
لصاحبه ومن ان المضمون للمالك المحضة انما هو القيمة للمالك وحرمة الاحرام والحرم
مما تعلق الشارع ولا تعلق لها للمالك به فيتصدق على الفداء والاقوى انه للمالك
قال دام ظله وتتكرر الكفارة بتكرر القتل سهواً وعمداً على الاقوى اقول
ذهب الشيخ في النهاية والصدوق فيما للحصر في فقيه والمقنع وابن البراج الى انه لا
تتكرر في العمد لقوله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه وما رواه ابن ابي عمير في
الصحيح عن بعض اصحابه عن الصادق عليه السلم قال اذا اصاب المحرم الصيد خطأ
فعليه الكفارة فان اصابه ثانية خطأ فعليه الكفارة ابداً اذا كان خطأ فان اصابه
متعمداً كان عليه الكفارة فان اصابه ثانية متعمداً فهو ممن ينتقم الله منه ولم يكن
عليه الكفارة وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط وابن ادريس والمصنف انها
تتكرر وهو الظاهر من كلام المرتضى لقوله تعالى ومن قتله منكم متعمداً
فجزاء مثل ما قتل من النعم وهو عام وتساوله التكرار والابتداء على السواء
ولا

ولا امتناع في ايجاب الجزاء والانتقام جميعاً في العود فليس في قوله فمن ينتقم الله منه
منع لذلك وفي الصحيح عن ابن ابي عمير قال قلت لابي عبد الله عليه السلم محرم اصاب
صيداً قال عليه الكفارة قلت فانه عاد قال عليه كلما عاد كفارة وترك الا
ستفصال في حكاية الحال يدل على العموم في المقال والكفارة المثبتة في الاول
المكفرة للذنب العقوبة والتحقيق ان الكفارة ان كانت عقوبة محضة تكررت لان
العقوبة تحتاج في تعزيرها وتقديرها الى النص لا في تكريرها ولانه من باب التشديد
فلا ذنب على الاعلى وان كانت للتكفير لم يجب قال دام ظله وروي ان كل من وجب
عليه شاة في كفارة الصيد وعجز فعليه اطعام عشرة مساكين فان عجز صام ثلاثة
ايام في الحج اقول قوله وروي اشارة الى رواية الشيخ عن الحسن بن سعيد عن
فضالة عن ابن عمير وحماد ومحمد بن عمار قال قال ابو عبد الله عليه السلم من اصاب
صيداً فداءه بدنة من الابل فعليه ومن كان عليه شاة فلم يجد فاطعام عشرة مساكين
فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج قال دام ظله ولو امر المحرم مملوكه بقتل الصيد
فقتله ضمن الآمر الا ان يكون محلاً في الحل على اشكال اقول منشأه من تساوي السبب
والمباشر في الصيد وانما يقدم المباشر اذا كان ضامناً ومن حيث انه امر بفعل
مباح للفاعل والاقوى عندي الضمان لانه بالدلالة والاشارة يضمن فبالامر اولى
والنهي انما هو في امره على سبيل الاكراه ولا على سبيل الالتزام قال دام ظله
ولو استمنى بيده من غير جماع فالاقرب البدنة خاصة وقيل كالجماع اقول الاول
اختيار ابن ادريس وابي الصلاح والمصنف وهو الاقوى عندي لان الجماع في غير
الفرج اشد من الاستمناء لتعلق احكام الزنا به دونه وهو لا يفسد لرواية معاوية
بن عمار في الصحيحة قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن رجل وقع على اهله فيما دون الفرج
قال عليه بدنة وليس عليه الحج من قابل وقال الشيخ في النهاية والمبسوط وابن البراج وابن
حمزة وابن الجنيد بالثاني لرواية عبد الرحمن بن الحجاج الصحيحة قال سألت ابا الحسن
عليه السلم عن المحرم يعبث باهله وهو محرم حتى يمني من غير جماع او يفعل ذلك في شهر
رمضان ماذا عليهما قال عليهما جميعاً الكفارة مثل ما على الذي يجامع والحكم
منوط بالامناء وهو موجود في صورة النزاع وروى اسحق بن عمار عن ابي الحسن عليه السلم
قال قلت ما تقول في محرم عبث بذكره فامنى قال ارى عليه مثل ما على من اتى اهله
وهو محرم بدنة والحج من قابل قال دام ظله والوجه شمول التحريم للمستمتع بها
اقول لاشتراكها في ملك نكاحها بالعقد الشرعي ولدخولها في قوله تعالى

الا على ان ما جمع للخصال المحللات في الزوجات وكذلك الدين والثاني ممتنع فيتعين
الاول ويحتمل عدمه لانه في العرف انما اطلق على الدائم والتحقيق ان تعليق الحكم
بالوصف اما على سبيل العلية او لا والاول لا يدل الا على مفهوم المخالفة ولا الموافقة
والثاني يدل على مفهوم المخالفة عند القائلين بها وعلى مفهوم الموافقة عندنا فينفسخ الموافقة
بالزوجة هنا هو من الاول اذ الثاني يعلق على المعاني التي تشملها حكم الزوجة لانه من باب مفهوم
والاصح عندي انها كالزوجة لاتحاد وجه **قال** دام ظله والاقرب سقوط الحكم
للاجنبية زنا او شبهة والغلام **اقول** وجه القرب انه في العقوبة اشد وهو من مفهوم
الموافقة ويحتمل عدمه لعدم النص ومبناه ان الكفارة عقوبة او تكفير **قال** دام ظله
ولو اكرهها فعليه بدنة على اشكال **اقول** منشؤه من انه مباح بالنسبة اليه غير
محرم بالنسبة اليها لانها تستأذنه مباحا لعدم وصف غير المعذور عليه به ولا يبطل حجها
ومن ان فعل المكره مستند الى المكره فيتحمل عنه ما يجب عليه به والاقوى انه يجب
عليه **قال** دام ظله ولو كان الغلام محرما وطاوع ففي الحاق الاحكام بها اشكال
اقول منشؤه ان الكفارة عقوبة او اسقاط ومن انه اشد وهو من مفهوم الموافقة
ومن عدم النص والاصل وانه من مفهوم المخالفة فينبغي الجزم بالتسبيبة فيبقى الحكم على الاصل
قال دام ظله ولو جامع في احرام العمرة المفردة او المتمتع بها على اشكال قبل السعي
عامدا عالما بالتحريم بطلت عمرته **اقول** يحتمل فساد حج التمتع لقوله عليه السلام دخلت
العمرة في الحج هكذا وشبك بين اصابعه ويحتمل عدمه لانفراد الحج باحرام هكذا
قال لي المصنف والاقوى عندي الاول **قال** دام ظله وكذا لو كان العاقد
محلا على راي **اقول** هذا اعتقاد بعض الاصحاب والمصنف في منتهى المطلب
ورواه الشيخ في الموثق عن سماعة بن مهران عن ابي عبد الله عليه السلام قال لا ينبغي للرجل
الحلال ان يزوج محرما يعلم انه لا يحل له قلت فان فعل فدخل بها المحرم قال ان
كانا عالمين كان على كل واحد منهما بدنة والاصح خلافه للاصل ولانه مباح
بالنسبة اليه وتحمل الرواية على الاستحباب **قال** دام ظله وفي اليد الناقصة اصبعا
او اليد الزائدة اشكال **اقول** اما الناقصة فمنشؤه ان هذه اطلق عليه يد
وانه انما يحمل على المعهود وهو التامة واما الزائدة فمنشؤه انها من اطلاق يده
ومن انها لم تتحقق فيها ولانها لا ينقص بعدمها شيء واما حكم اليدين اللتين
من حيث انه هل يصدق عليهما اسم اليد حقيقة ام لا ومعه هل يحمل خطاب الشرع
على الاعلى او الحقيقة والاقوى عندي انها كالاصلية **قال** دام ظله ولو
قلع

قلع شجرة منه وغرسها في غيره اعادها فلو جفت قبل ضمنها ولا كفارة **اقول**
قال الشيخ في المبسوط ومن قلع شجرة من الحرم وغرسها في غيره فعليه ان يردها
الى مكانها فاذا فعل نظر فان عادت الى ما كانت لم يلزمه شيء وان لم تعد وجفت لزمه
ضمانها قوله ولا كفارة مستفاد من الاصل اذ الكفارة تابعة للنص ولم يوجد ولانه لا
قول احد من الصحابة والتابعين بوجوب الكفارة **قال** دام ظله ولو قلع به فلا
كفارة على اشكال **اقول** ينشأ من انه هل يصدق عليه اسم الشجرة حقيقة ام لا ومعه
هل يحمل خطاب الشرع على المعهود المعتاد او على الحقيقة مطلقا والاقوى عندي العموم

كتاب الجهاد

وفيه مقاصد **المقصد الاول** من يجب عليه

قال دام ظله وفي الجدين نظر **اقول** منشؤه من ان حكمهما حكم الابوين ولهذا
يثبت للجد الولاية ومن عدم النص وكانه حقيقة اذ الاشتراك خير من المجاز
وقيل المجاز ارجح فلا يتناولهما نص الابوين ولو سلم الاشتراك منع ارادة المعنيين
والاقوى عندي انهما ليسا كالابوين لعموم الايات الدالة على وجوب الجهاد كقوله
تعالى كتب عليكم القتال وقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وغير ذلك خص الابوان
بالاجماع وبان طاعة الابوين فرض عين والجهاد فرض كفاية وفروض العين مقدمة
على فروض الكفايات ولانه عليه السلام رد من منعه ابواه والخبر لم ماذا له ولم يرد
نص على الجدين فيبقى على العموم فيهما **قال** دام ظله ويستحب للعاجز الموسر
الاستنابة على راي **اقول** ذهب الشيخ وابن البراج وابن ادريس الى الوجوب
لعموم الامر بالجهاد على الكفاية وهو فعل يقبل النيابة في الحياة لا بعدها فاذا تعذرت
المباشرة تعينت الاستنابة تحصيلا لما اوجبه الشارع ولان المكلف مخير بين ان
يقوم بنفسه او استأجر ويحتمل التخيير بين الواجب وغيره لما تقرر في الاصول
وبالتخيير لاحد الواجبين على التخيير لا يسقط الاخر بل يتعين به وقال ابو الصلاح
عليه معونة المجاهدين بما يحتاج اليه من الخيل والسلاح والظهر والزاد ونفقة النجدة
لقوله تعالى وكرهوا ان يجاهدوا باموالهم وانفسهم في سبيل الله ذمهم على عدم
انفاق مالهم مع القدرة عليه في الجهاد فيكون واجبا ولا يلزم وجوب الاعانة
مع الجهاد بالنفس لا ندرج الجهاد بعرف الانفاق المنفية في الجهاد فمع عجزه عنه
سقط اصل الانفاق وهذه الاية تدل على قول الشيخ رحمه الله ع

احتجّ المصنف بقوله تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا
يجدون ما ينفقون حرج بنفي الحرج في الثبات على المتخلف من غير عذر وهو ثابت
في المال والنفس فيكون متعيناً فيهما ولان وجوب الاستنابة بدلاً عن النفس والمبدل
عنه واجب هنا فكذا البدل قال دام ظله ولو تجدد العذر الذي هو العمى
والزمن والمرض والفقر بعد الشروع في القتال لم يسقط على اشكال اقول
منشأ الاشكال تعارض عمومات قوله تعالى ليس على الضعفاء وقوله تعالى
يا ايها الذين امنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا وقوله تعالى اذا لقيتم الذين كفروا زحفا
فلا تولوهم الادبار ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال او متحيزا الى فئة فقد باء
بغضب من الله والاعلم انه ابطل الجواز ذهب الشيخ الطوسي وبالمنع قال ابن الجنيد قال
دام ظله اظهار بعسكر في دار الاسلام الى قوله وروى اصحابنا انه يستعف العهد
اقول هذه رواية زرارة عن الصادق عليه السلم قال قال رسول الله صلى الله عليه
وآله قبل الجزية من اهل الذمة على ان لا يأكلوا الربا ولا يأكلوا لحم الخنزير ولا
ينكحوا الاخوات وبنات الاخ وبنات الاخت فمن فعل ذلك منهم برئت منه ذمة
الله وذمة رسول الله صلى الله عليه وآله المقصد الثالث في كيفية القتال والنظر
في تصرف الامام منهم بالقتل والاسترقاق والاغتنام قال دام ظله يشترط
صلاحيتها للاستنجاد على اشكال اقول ينشأ من عموم قوله تعالى او متحيزا
الى فئة ومن النظر الى المعنى قال دام ظله قريبة او بعيدة على اشكال
اقول ينشأ من عموم قوله تعالى او متحيزا الى فئة ومن انه مخل بالمقصود وابطال لصورة
الجهاد قال دام ظله فان بذل الدعي للقتال مع الفئة البعيدة فالوجه الجواز
اقول وجه الجواز انه واجب على الكفاية وقد قام به غيره من فيه كفاية وكل
واجب على الكفاية قام البعض به مقام الكل اجزأ عن ذلك البعض العام بعد التعين
هو الان من موافقة العدو ومقابلته فلا يلزم الفرار ويحتمل عدمه لانه
انما جاز له التحيز الى الفئة للاستنجاد لا للترك والا لزم الفرار ولانه
ترك بعد الشروع وقبل التمام بلا عذر والمعنى للفرار الا ذلك والاقوى عندي
عدم الجواز لانه قد لقي الفئة وكل من لقي الفئة وجب عليه الثبات لهم اما الاولى
فظاهر لانه المقدر واما الثانية فلقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا
لقيتم فئة فاثبتوا وقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا لقيتم الذين كفروا
زحفا

زحفا فلا تولوهم الادبار ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال او متحيزا الى
فئة فقد باء بغضب من الله وللتحيز الى الفئة البعيدة طلب منه جهاد له ولغيره
من الحكم لا لاقامتها مقامه وتركه قال دام ظله فيجوز هرب مائة
ضعيف من المسلمين من مائة بطل مع ظن العطب على رأي اقول نقل الشيخ
في المبسوط عن بعض الاصحاب الجواز واختاره المصنف في المختلف لقوله تعالى
ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة خرج عنه وجوب الثبات للضعف بالاجماع فيبقى
الباقي على الاصل واختار في المبسوط عدم الجواز لقوله تعالى اذا لقيتم فئة
فاثبتوا ولا يخرج عنه الا الثاني لانه دلالة وجوب الثبات للضعف على وجوبه
للاقل اولى قال دام ظله ولو انفرد اثنان بواحد من المسلمين لم يجب الثبات
على رأي اقول هذا اختاره الشيخ في المبسوط للاصل ولان الاية انما دلت على
وجوب ثبات المائة للمائتين وهو يقتضي وجوب الثبات على الكثرة في مقابلة الضعف
ووجوبه على الكثرة لا يقتضي ثبوته على الواحد وذهب الشيخ في النهاية وابن ادريس الى
وجوب الثبات لقول ابي عبد الله عليه السلم من فر من رجلين في القتال من الزحف فقد
فر ومن فر من ثلاثة من الزحف لم يفر والاول اقوى قال دام ظله ويقاتل بالسم على رأي
اقول كرهه الشيخ في النهاية وابن ادريس المحرم لنهيه عليه السلم عنه رواه
السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلم عن النبي صلى الله عليه وآله وقال الشيخ في
المبسوط وابن الجنيد يكره لرواية حفص بن غياث عن ابي عبد الله عليه السلم انه
سأله عن مدينة من مدائن الحرب هل يجوز ان يرسل عليها الماء او يحرقوا بالنيران
او يرموا بالمنجنيق حتى يقتلوا وفيهم النساء والصبيان والشيخ الكبير والاسارى
من المسلمين والتجار فقال يفعل ذلك بهم ولا يمسك عنهم لهؤلاء ولا دية
عليهم للمسلمين ولا كفارة والسم في معنى هذه الاشياء فيكون سائغا لدخوله
تحت قوله تعالى اقتلوا المشركين والاقرب عندي تحريمه ان كان يؤدي
الى قتل من يحرم قتله من غير ضرورة ولانه ليس بمشروع في الجهاد ولان المطلوب
في الجهاد التغرير بالنفس لقوله تعالى ان الله اشترى من المؤمنين الاية وان لم
يؤد او توقف الظفر عليه جاز قال دام ظله ولو كانوا يدفعون عن انفسهم
واحتمل الحال تركهم فالاقرب جواز رمي الترس غير المسلم اقول اذا تترسوا
بمن يحرم قتله كنساء او صبيان او مسلم فلنا ان نكون الجهاد دافعا عن المسلمين

بان قصدهم الكفار او للاغارة والكفار يقصدهم للدفع عن انفسهم فان كان الاول
ومحل الدرس مطلقا وان كان الثاني فانما الحتمل الحال تركهم او لا فان كان الثاني
ومحل الدرس غير المسلم لما رواه الشيخ عن حفص بن غياث عن ابي عبد الله عليه السلم
في الرواية المتقدمة في القاء السم ولان النبي عليه السلم رماهم بالمنجنيق في الطائف
وفيهم النساء والصبيان ولان الكف عنهم يفضي الى تعطيل الجهاد ولانه يجب على
كل مسلم بذل نفسه فلا يمنع لمخاطرة على عين المسلم ويحتمل ضعيفا عدمه
للنهي عن قتل النساء والصبيان واما الترس المسلم فلا يجوز رميه لقوله تعالى
ولولا رجال مؤمنون الاية ويحتمل الجواز لما تقدم **قال** دام ظله والمبارزة
من دون اذن الامام على راي **اقول** المبارزة باذن الامام مستحبة بالاجماع
للامة واما اختلفوا في اشتراط اذن الامام وعدمه فذهب الشيخ في المبسوط
الى عدم اشتراطه والى انها بدون اذن الامام مكروهة وقال الشيخ في النهاية
وابن ادريس لا يجوز له ان يطلب المبارزة الا باذن الامام وقال ابو الصلاح لا
يجوز للمسلم ان يستبرز كافرا الا باذن سلطان الجهاد ويجب عليه ان يبرز الى من
استبرزه بغير اذن الامام والحق ما اختاره المصنف هنا لما رواه عمرو بن جميع
رفعه الى امير المؤمنين عليه السلم انه سئل عن المبارزة بين الصفين بغير اذن
الامام قال لا باس ولكن لا يطلب ذلك الا باذن الامام ولان الامام
امر بالجهاد وهذا جهاد مع الموافقة فلا يتوقف على اذن اخر ولان ابا قتادة
بارز رجلا يوم حنين فقتله ولم ينقل انه استاذن النبي عليه السلم **قال** دام
ظله ويحرم على المعتقد على اشكال **اقول** منشاه قوله تعالى ولا تلقوا
بايديكم الى التهلكة ومن عموم اباحة المبارزة ولانه مخاطر بنفسه فحاذرت
المبارزة **قال** دام ظله ولو لم يطلبه فالاقوى المنع من محاربته **اقول**
اذا اشترط المشرك المبارزة بانفراده هو والمسلم بالقتال فنقول يجوز للشيخ
والمصنف محاربته ما لم يشترط الامان الى ان يعود الى فئته لان قضية المبارزة
ان لا يقاتله غير المبارز كما كان في القتال وفي ذا الاحتج المصنف على
المنع بانه شرط عند خروجه ان المحاربة غير المبارز فيجب الوفاء بالشروط
لقوله عليه السلم المؤمنون عند شروطهم **قال** دام ظله ولو وقفوا من غير
قتال ففي استحقاق كمال الاجرة نظر منشاه من انه او فى
الجهاد

الجهاد ولهذا استحق له **اقول** الاقوى انه لا يستحق كمال الاجرة لانه استوجر
على اعمال القتال والجهاد ولم يحصل ما استوجر له كله فلا يكون له كل الاجرة
لانتفاء العلة المفروضة وربما قيل ان الاجارة على اعمال الجهاد لا يصح لجهالتها
وعدم انضباطها فتكون الاجرة على الذهاب والمواقف والاعمال بالحضور
ثم قيل باستحقاق كمال الاجرة بالموافقة **قال** دام ظله ويقضي الدين من ماله
المغنوم ان سبق الاغتنام الرق على اشكال ويقدم حق الدين على الغنيمة وان
زال ملكه بالرق كما يقضي دين المرتد ولو استرق بعد الاغتنام تبع بالدين
بعد العتق ويقدم حق الغنيمة في ماله على اشكال ولو اقترنا فالاقوى الاحتمالات
تقديم حق الغنيمة للتعلق بالعين **اقول** اصل المسالة ان دين المسلم على الحربي لا يسقط
باسترقاقه ولا باغتنام المال اذا كان صاحب الرق غير صاحب الدين وكذا
دين الذمي المعصوم من جنس ما يجوز للمسلم تملكه لان الجهاد ودار الكفر لا يبيح
مال المسلم ولا ما لا يجوز تملكه لمسلم للذمي وانما البحث في قضائه فنقول
فرض المصنف عليه رضي الله عنه وارضاه استرقاقه واغتنام ماله وقسم
ذلك الى صور لانه اما ان يسبق احدهما الاخر اولا والاول اما ان يكون السابق الرق
او الاغتنام فالاقسام ثلثة آ ان يسبق الرق وهذه هي الصورة التي فرضها المصنف
اولا فيحتمل ان يقضي الدين من ماله المغنوم لان الاسترقاق كالموت لانه يزيل الملك
ويقطع النكاح من غير طلاق الى كالحجر وكل منهما موجب لتعلق الدين بماله والاسترقاق
كذلك قوله وان زال ملكه الى قوله كالمرتد اشارة الى جواب سؤال يورد
هنا وهو انه فرق بين الاسترقاق والموت والحجر لان في صورة الحجر والموت لم يزل
الملك اما الملك عن ماله بالكلية ولهذا الحكم كثير من الفقهاء بان المال بعد الموت
باق على حكم مال الميت ولم ينتقل الى الورثة اما في الحجر فظاهر بقاء الملك حقيقة
وفي صورة الاسترقاق يزول الملك واحكامه عنه بالكلية وقضاء الدين
منه فرع بقاء الملك عليه والرق ينافيه واجاب عنه المصنف بانه وان
زال ملكه بالرق لكن لا يزول اثر ما له وهو وجوب قضاء الدين منه
كما ان الارتداد موجب زوال الملك بالكلية وامارة الاقضاء الدين منه وذلك
لعصمة مال المسلم عن الضياع ولان الدين له تعلق ما بمال المديون لوجوب
القضاء منه ولو كان معسرا لا مال له لم يجب القضاء عليه والا لزم تكليف

ما الايطاق ويحتمل عدمه لان شرط القضاء عنه تعلق ملكه به وبالرق زال
تعلقه بالكلية ولان الدين متعلق بالذمة والغنيمة بالعين فيقدم ما يتعلق
بها على ما يتعلق بالذمة خاصة والاسترقاق لم يخرج الذمة عن صلاحية تعلق
الدين بها ح ان رق بعد الاغتنام فيحتمل هنا عدم القضاء كما لو انتقل
مال الكافر بسبب آخر غير الاغتنام ولان حق الغنيمة تعلق بالعين والدين بالذمة
مع بقاء الذمة وصلاحها للتعلق ولان قضاء دين الكافر ابراء ذمته
وهي رجعة لانا نشب الكفر ويحتمل القضاء حفظا لمال المسلم عن التلف ح ان تقارنا
فيحتمل تقديم الدين كما تقدم في التركة والحجر على حق الورثة بل حق الورثة
اقوى من حق الغانمين ويحتمل عدمه لان حق الغانمين تعلق بعين المال وحق
صاحب الدين بالذمة وما يتعلق بالعين مقدم على ما يتعلق بالذمة في العين واعلم
انه ليس من صور المسألة ان يكون الاغتنام مع الاسر في الرجال المكلفين
ولكن يظهر ذلك في حق النسوة والصبيان وفيما اذا فرض الاغتنام مع حكم
الامام برقه بعد الاسر والاصح عندي انه يقضي في الصور كلها حفظا لمال المسلم
وكلما حكم بعدم قضائه بقي في ذمته يرجع عليه بعد العتق هذا تحرير هذه
المسألة ونرجع الى المتن لاظهار موضع اشتباه على الناظرين فنقول قوله
سبق بفعل ماض والاغتنام بالفتح مفعول سبق والرق مرفوع على انه فاعل
سبق ويدل عليه قول المصنف وان زال الملكية بالرق لانه اذا سبق الاغتنام
كان زوال الملكية عنه بالاغتنام لا بالرق لاستحالة تاثير المتقدم في المتاخر
هذا تحرير هذه المسألة قال دام ظله ولو كان الدين لحربي فاسترق المديون
فالاقرب سقوطه اقول اذا كان لحربي على حربي دين ثم استرق المديون
فالاقرب سقوط الدين لانه رق على نفسه فرق على دينه الذي في ذمته لحربي وهو حربي
وكل حربي فهو على ماله مملكة القاهر فيسقط ويحتمل عدم سقوطه لان الاسر
امان للكافر ولا يسقط الدين بالامان ولاصالة البقاء فيتبع به بعد العتق والاول
اقوى قال دام ظله ولو اسلما او اسلم المالك فهو باق الا ان يكون خمرا هذا
هذا اذا كان الدين قرضا او ثمنا او شبههما اما لو كان اتلافا او غصبا فالاقرب
السقوط باسلام المديون اقول وجه القرب في الاتلاف والغصب ان
الحربي لم يلتزم بشريعة ولم يلتزم عليه كما لو اقترض او اشترى
والاسلام

التامل منه

والاسلام يجب ما قبله ولانه اذا قهر الحربي حربيا على ماله ملكه ولم يستحق ضمانه
والاتلاف نوع من القهر ويحتمل ضعيفا عدم السقوط لانه لازم في مانويهم الذي
يسمونه شرعا وتراضوا به فكانهم تراضوا عليه فصار كدين المعاملة والحق
عندي انه يسقط لانه ليس اعظم من مال المسلم في الحرب وهو يسقط بالاسلام
ولان الكافر ليس معصوم النفس والمال فلا يستحق الاتلاف عليه الضمان
ولان القيمة او المثل بدل عن العين في وجوب الرد فاولى ما يلحق العين حكم سببها
يلحق القيمة او المثل قال دام ظله ولو سبي مترعرعا ففي تبعيته السابي في الاسلام
اشكال اقربه ذلك اقول قال الشيخ وابن البراج وابن الجنيد يتبع السابي
في الاسلام لان الولد انما يثبت له تبعا وقد انقطعت تبعيته لابويه لانقطاعه
عنهما واخراجه عن دارهما ومصيره الى دار الاسلام تبعا لسابيه المسلم فكان
تابعا له في دينه وفيه نظر لقوله عليه السلم كل مولود يولد على الفطرة وانما ابواه
يهودانه وينصرانه ويمجسانه ووجه اختيار المصنف ان بعثه حرج وهو منفي
والاقوى عندي انه انما يتبعه في الاسلام بالنسبة الى الطهارة للحرج قال
دام ظله فان ادعى استعجاله بالدواء ففي القبول اشكال اقول يحتمل القبول
لوجوه آ انه ادعى الاصل فيقبل ب ان وجوب القتل يثبت على تقدير علمنا
بالبلوغ والاسترقاق ثابت على تقدير عدم العلم بالبلوغ والاول منتف فيثبت
الثاني ج انما يجب قتل من يعلم انباته او بلوغه وكلاهما منتف هنا
فينتفي الحكم بالقتل ويحتمل عدم القبول لان الانبات وضعه علامة اذا لم يعلم
استعجاله بالدواء والا لم يحكم به الا بعد الفحص وهو باطل اجماعا ولان الاصل عدمه

الفصل الثالث في الاغتنام قال دام ظله الغانم هل يملك حصته من الغنيمة
بمجرد الاغتنام او يملك ان يملك فيه احتمال فعلى الثاني يسقط حقه منها
بالاعراض قبل القسمة اذ الغرض الاقصى في الجهاد حفظ الملة والغنيمة تابعة
فيسقط بالاعراض والاقرب عدم صحة الاعراض بعد قوله اخترت الغنيمة
وتعويض المعرض كالمعدوم اقول سياتي توجيه الوجهين في انه هل يملك
حصته من الغنيمة بمجرد الاغتنام او يملك ان يملك فعلى الثاني يسقط حقه
بالاعراض كحق الشفعة لما ذكره المصنف ولانه اما ان يتوقف حصول
الملك على اختياره او لا فان توقف على اختياره فله الاعراض عنه قطعا وهو المطلوب

وان لم يتوقف على اختياره فهو ما لك حقيقة لا ما لك ان يملك ونحن انما نبحث
على هذا التقدير والاقرب عدم صحة اعراضه بعد قوله اخترت لان ملكه اما
ان يحصل بغير اختياره او يكون موقوفا على اختياره وعلى كلا التقديرين يكون
بعد قوله اخترت حاصلا فلا يزول الا بسبب شرعي ولم يثبت ويحتمل الصحة
لان للولي قد يتعين في الشيء المعدوم والاستغراق لا يحصل قبل القسمة على ما
يأتي قال دام ظله ولو اعرض الجميع ففي نقلها الى ارباب الخمس خاصة نظر او الى
انها للامام اقول ينشأ من انهم شركاء واذا اعرض بعض الشركاء عن الغنيمة كانت
الغنيمة للباقين ولان استحقاق ارباب الخمس ثابت من حين الاغتنام لا يزول
باختيار ذي اليد اذا تقرر ذلك فنقول لما ان ملك الكفار بالغنيمة اما
ان يكون عليها ملك او لا او لا لواحد منها والثالث محال والحد
واحد الاولين اما ان يكون مستقرا لا يزول باختيار الزوال او لا والثاني محال
لا ما نحن على هذا التقدير فتعين الاول فلما ان الملك للغانمين بالاعراض بقي
مال لا مالك له اذ لا مالك له غير الغانمين وارباب الخمس اجماعا وهو
مسلم في مال مملوك وكل من اعرض فعليه تدبير ما لك واذا امتزج المباح
بالمملوك فرجحا لا يبقى على سبيل الاشاعة في مال المالك صار الجميع مملوكا
كالمالك ذلك المملوك وهم ارباب الخمس هنا ومن قوله تعالى واعلموا انما
غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول الاية وقد جعل لهم الخمس لا غير وهذه
الاية ذكرت لبيان العادة ولو كان لهم الكل في حال من الاحوال لبينه
والا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ولان ملك الغنيمة المحصور عند اختياره
للمرحة ملك ارباب الخمس بعيد ووجه ما ذكره الامام عليه السلم انها غنيمة
لا مستحق لها غير الامام فيكون للامام عليه السلم اما الصغرى فلانه لا يستحقها
الغانمون وهو ظاهر ولا يستحقوا الخمس لان الله تعالى جعل لهم الخمس
مما غنمنا عادة لنا ولا يعقل استغراق الجميع لان الكل لا يصير
خمسا واما الكبرى فلان الغنيمة انما تملك باعتبار القهر والغلبة اما من كل الحاضرين
او من بعضهم وانما كان مصدره الامام عليه السلم فاذا اعرض الغانمون
كان له عليه السلم لانه في الحقيقة هو الغانم ونحو الغانم وايضا فان
المباحات تملك باليد والاستيلاء ولما اعرض الغانمون بقي نصيبهم
مباحا

مباحا وبد الامام على الغنيمة وهو متى لم يعلها اذ هو الذي يقسمها ويخص
كل غانم بشيء من غير اختياره والحق عندي انها للامام لان المغانم في الاصل
لله لقوله تعالى قل الانفال لله والرسول فمن اعرض رجعت حصته الى اصلها فيكون
لله وللرسول وبعد الرسول للامام عليه السلم قال دام ظله والاقرب ان
اختيار القسمة تملك لا ابتداء الاكتساب وليس على المفلس الاكتساب وايضا
فالاعراض يتضمن الجهاد للقربة وللمفلس تخصيص عباداته ولانه لم يملك فاعراضه
لا يكون اخراجا ولا تصرفا في المال وهو المطلوب ولانه ممنوع من التفويت للمال
ولا التفويت ويحتمل عدمه لانه مال له على ما يأتي من الاحتمال وهو اولى بالبدء ولا
يجوز له اتلافه ولانه يجب عليه ايفاء دين الامر ولا يتم الا بقبول الغنيمة وما لا
يتم الواجب الا به فهو واجب والفرق بين المفلس والسفيه والصبي ان المفلس محجور
عليه في المال المملوك حقيقة لا فيما له ان يملكه وان لا يملكه بخلاف الصبي
والسفيه فانه محجور عليهما في سائر حقوقهما المالية قال دام ظله هل يملك
الغنيمة بالاستيلاء او بالقسمة او يظهر الملك بالاستيلاء مع القسمة واستفاده
مع الاعراض بالتلف فيه نظر اقربه الاول اقول اختلف الناس فيما به يملك
الغنيمة على اقوال ثلاثة آ ان يملك بالاستيلاء ب انها تملك بالقسمة ج ان
الغنيمة كاشفة عن الملك بالاستيلاء فان حصلت القسمة ظهر ملكها بالاستيلاء
وان تلفت الغنيمة او اعرضوا قبل القسمة تبينا عدم الملك اذا تقرر ذلك
فنقول وجه الاول ان الاستيلاء على ما ليس بمعصوم من الاموال سبب الملك وايضا
فان ملك الكفار يزول بالاستيلاء فلو لم يملكها المسلمون لكان ذلك ملكا
لغير مالك نعم هو ملك ضعيف يزول بالاعراض ووجه الثاني وجوه آ انه
لو بلغ نصيب كل غانم النصاب الزكاتي ولم يختلف اجزاؤها لوجب الزكوة
على الحول وفيه نظر اذ وجوب الزكوة اخص من الملك فعدمها اعم من عدمه
ولا دلالة للعام على الخاص ب ان الامام يقسم الغنيمة قسمة تحكم فيخص كل
شخص بشيء معين ولو ملكوا لما جاز ابطال حقهم عن بعض الانواع بغير
اختيارهم ج لو ملكوا بالاستيلاء لما زال بالاعراض لان سبب زوال الملك
عينه الشارع في اشياء مخصوصة والاعراض ليس منها كالاحتطاب والاحتشاش
ويرد ما تقدم واعلم ان القسمة ليست تابعة للملك ومشروطة به

دائماً لانها كما تقع في الملك تقع فيما يملك ان يملك كما في ارزاق الجند من مال
المسلمين وكاجتماع الحقوق وكالزكاة لغير الاشخاص وان اختلف في
الاصناف ولو كانت مشروطة بالملك لزم من وجوب القسمة في تزاحم الحقوق
اما خرق الاجماع او الدور لانه ان سبق ملكهم لزم الاول والا الثاني
ووجه الثالث ان قصد التملك بالاستيلاء على المال لا يتحقق الا بالقسمة
لان المال تابع في الجهاد والغرض الاصلي من الجهاد اعلاء كلمة الله تعالى
في العالم فاذا اقتسموا تبيننا قصد التملك بالاستيلاء فتبين حصول الملك
ولعلم انه على القول بان القسمة كاشفة لا تقول تبين ان حصة كل واحد
من الغانمين على التعيين صارت ملكا له لان ذلك التخصيص بالاستيلاء اذا اقتسموا
تبينا انهم ملكوا الغنائم اولا ملكا مشاعا ثم بالقسمة تميز الحصص ويتفرع
على ذلك فروع ليس هذا موضع ذكرها قال دام ظله ولو وطئ الغانم جارية المغنم
عالما سقط من الحد بقدر حصته واقيم عليه بقدر حصص الباقين وان جهلها
فله بقدر حقه والاقرب وجوب العشر مع البكارة ونصفه مع عدمها اقول
البحث هنا في مقامين الاول وجوب الحد وقد اختلفوا فيه فقال الشيخ في الخلاف
لا يلزم الحد واطلق وقال في المبسوط كما قال المصنف هنا والتحقيق عندي ان هذه
المسألة مبنية على ملك الغنيمة فعلى القول بانه يملك بالقسمة انتفى الحد لعدم ملكه
عينا من الغانمين وثبوت حق الملك له عليها لان قبل القسمة يكون حقوق الغانمين
في كل عين من باب تزاحم الحقوق وهو استحقاق كل واحد ملك الكل ولهذا الخمس للامام
منهم من احاد ما لعين وهو من خواص تزاحم الحقوق وهو شبهة للواطئ فان
ملك الملك ملك بالقوة فيدخل تحت قوله عليه السلم ادرؤا الحدود بالشبهات
وكذا الحد ان قلنا القسمة كاشفة لجواز اعراض الكل عنه فظهر ملكه عليها
فلا يكون لغيرها ان تشبه عليه بانه امته بها لان طرفي التردد هنا
طرفا الامكان وهم طرفا وجوب وامتناع وعلى الملك بالاستيلاء يحد بقدر
نصيب الباقين اذا كان عالما بالتحريم لانه شريك وطئ جارية مشتركة عالما
بالتحريم وكلما كان كذلك وجب عليه من الحد بقدر حصة الشريك كغير
الغنيمة المقام الثاني وجوب مال للوطء فيه مسائل آ اصل الوجوب فان
قلنا يملك بالاستيلاء وجب عليه بقدر حصص الباقين وان قلنا لا يملك
الا

الا بالقسمة قيل لا يجب شيء للاصل وهو قول الشيخ في المبسوط لعدم ملك الغانمين
وعدم استحقاق غيرهم الموطوءة وقيل يجب الكل لانه وطئ في غير ملك سقط
فيه الحد فيجب عوض البضع كوطء الشبهة ولانه ليس له ان يطأ فقيمة البضع تابع
للاصل فيكون للغانمين كما انه يضمن ما ليس له التصرف فيه ويحتمل ان يقال
يجب كما يأتي من ان القسمة كاشفة وعلى القول بانها كاشفة ولم يعرض فعليه
قدر حصص الباقين وعلى القول بانها كاشفة عن خصوصية ملك كل واحد
وان كان قولا شاذا فان كان مشتركا فان حملت للواطئ فلا شيء عليه وان حملت لغيره فعليه
المهر كملا ب هل يجب قبل المهر وهو مبني على انها هل تملك حقيقة تقع اذا على ان
الجارية المشتركة يجب بوطئها مهر المثل والقول المشهور المختار عند الاكثر انه
يجب العشر مع البكارة ونصفه مع الثيوبة ان قلنا ان الغنيمة تملك بالاستيلاء
لانها جارية مشتركة بقي هنا مسألة هي البحث في الاستيلاد ولم يذكر المصنف فيها
اشكالا وشرطي اني لا اتكلم في هذا الباب الا على مواضع ذكر فيها خلافا (في الكتاب)
او احتمالا او اشكالا والشرط الملك لكن هنا نشير الى المسألة فنقول ان
قلنا لا يملك الغانمون قبل القسمة لم ينفذ الاستيلاد لانها علقت به في غير
ملكه وان قلنا انهم يملكون بالاستيلاء فهو كالجارية المشتركة قال دام ظله
ولا الاعراب وهم من اظهر الاسلام ولم يصفه وان قاتلوا مع المهاجرين على رأي
اقول هذا مذهب الشيخ في النهاية لان النبي عليه السلم صالح الاعراب على المهاجرة
بترك النصيب وقال ابن ادريس يسهم لهم كغيرهم ولعموم الاية ولم يثبت التخصيص
قلنا ان ثبت فعله عليه السلم فهو مخصص لعموم الكتاب قال دام ظله ولا
يسهم للمغصوب مع غيبة المالك وله الاجرة على الغاصب ومع حضوره السهم له
وللمقاتل سهم الراجل والاقرب احتساب الاجرة منه اقول دليل الاقرب وجهان
آ ان السهم في الحقيقة للمقاتل وانما نسبه الى الفرس مجازا لانه جعل باعتبارها
ب انه اخذ منفعة ما لا يحل له عليها فلا اجرة كالمنكر وغيره ويحتمل عدمه لاستحقاق
الاجرة عليه وعدم ملكه السهم قال دام ظله ولو كان ذا افراس فالوجه
التقسيط فلصاحبها الذي حصته مع حضوره اقول وجه التقسيط تساوي
الكل ولا ترجيح من غير مرجح ويحتمل عدمه للرجحان بالملكية وعصبته هذه قال
دام ظله ولو تعددت افراس المالك خاصة او افراسهما معا فاشكال اقول

المغصوب
مساواة في الاول انها فرس قوتل عليها والنص على ان للفارس سهمين وان سهم المغصوب
للمالك والنص على ان لذي الافراس ثلثة لا ازيد فلا بد وان يسهم للمالك للخيل
التي معه للنص وهو يمنع ملكية سهما آخر لفرس اخرى وهذا وارد ايضا فيما اذا
تعددت افراسهما وان وجودها وعدمها في حصول السهمين على السوا فلا يكون
لها اثر فيه واما اذا تعددت افراس الغاصب خاصة فمن حيث ان سهمي الفرسين
مع التعدد هل يقتضي النص تعلقهما بعينها يحتمل ذلك لاستحالة ترجيح بعضها
من غير مرجح ويحتمل عدمه لقول امير المؤمنين عليه السلم اذا كان مع الرجل
افراس في الغزو لم يسهم الا لفرسين منها فعلى هذا يحتمل ان يكون للفرس المغصوب
سهما لصلاحيتها له وجعل السهم لخيله دونها ترجيح من غير مرجح مع انه
يلزم ما سوا الاحوال والا انها فرس قوتل عليها ويحتمل عدمه لان الشارع
لم يسهم للفرس الا انها مظنة الاعانة له على الجهاد وهو متحقق في افراسه
دونها ولو كانت مع المالك لم يسهم لها فوجودها وعدمها سوا قال دام ظله
اما ما بدء عليه وليس جنة كالمنطقة والخاتم والنفقة التي معه ففي كونها
سلبا او غنيمة نظر اقول نشأ من ان المفهوم من السلب اللباس وكذلك
السلاح من السيف والرمح والسكين والة ونحوه لانه يستعين به في
القتال فهو اولى بالاخذ من اللباس وكذلك الدابة لانه يستعين بها الا كالسلاح
بل ابلغ منه ولذلك استحق بها زيادة السهمين بخلاف السلاح وبما ذكره
هنا ليس من الملبوس ولا مما يستعين به في الحرب فاشبه المال الذي في خريطته
ومن انه ملبوس له فاشبه ثيابه والنفقة مما يستعان بها في القتال ايضا
قال دام ظله ولو عينها منها فتح البلد صلحا فان اتفق المجعول له
وارباها على الاخذ اذ دفع القيمة جاز وان فسخ الصلح وردوا الى مامنهم
لانه صلح منع الوفاء به لعارض شرط قبله على اشكال اقول نشأ من ان الصلح
متعلق بمصلحة عامة له وللمسلمين كافة وفسخه يخل بها ويتعلق بمصلحة خاصة
من غير سبق حصولها وعكس استقرارها بقيمتها من بيت المال فمراعاة الاول
اولى ومن ان حق صاحب الجعل سابق على الصلح وسبق الاول وبما ذكره المصنف
ولا قوى الاول اذ صاحب الجعل لا يفوت عليه الا التفاوت بين عين الشيء
وقيمته وفسخ الصلح يعود ضرره على المسلمين لجيشهم الى قبيل آخر وربما
تعذر

تعذر فتحها ولعوده على الاصل بالابطال والمصالح الكلية راجحة على المصالح الجزئية
فان الحاكم يستدفعه المار الخشب لغير المانع حرقا على غرق الناس واموالهم ويستند
بجذعه حائطا ما لا يخشى من سقوطه اتلاف نفس او متلف يحيل خرابه قال
دام ظله ولو مات قبل التسليم مع المكنة احتمل اجرة المثل والقيمة اقول وجه
الاول انه قد تعذر ما شرطه له فيجب له الاجرة ووجه الثاني ان مال الجعالة
والجعالة متقومان بالقيمة قال دام ظله ولو لم يحصل للغانمين سوى الجارية
ففي وجوب تسليمها اشكال اقول وجه عدم الوجوب عموم قوله تعالى
واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه فاوجب صرف الخمس في كل غنيمة لجهة غير
الجعالة ولا يستحق حصول غيرها لان تلك الغنيمة حصلت بواسطة الجعالة فكان
المقصود بالذات حاصلا هناك بخلافه هنا ولان الجعالة تابعة للغنيمة المقصودة
بالذات لانه انما جعل ليحصل الغنيمة فلا يجوز اسقاط ما بالذات ليحصل التابع
ووجه الوجوب انه جعالة صحيحة نصا لو فاتت مع العمل والتمكن وقد
حصلا ولان القصد بالجهاد اقامة الدين واظهار كلمة الاسلام والغنيمة تابعة
فلا يكون مانعة من التسليم لحصول الغرض الذاتي قال دام ظله اما لو قال لا
تخف او لا بأس عليك فان انضم اليه ما يدل على الامان كان امانا والا فلا على
اشكال اذ مفهومه ذلك اقول ذكر المصنف وجه كونه امانا ووجه
العدم ان الخوف من القتل والقتل بينهما عموم من وجه فنقيضاهما متباينان
تباينا جزئيا ولا دلالة للجزء المتباينين على الاخر ونفي الثاني قد يكون بالامان
بالاسلام وبغيره كالامان فهو اعم ولا دلالة للعام على الخاص قال دام ظله
والاقرب اشتراط الحرية والذكورة في حكاية الغريقان او للامام خاصة
دون احتسابهم خاصة اقول وجه القرب انه من المناصب الجليلة فلا يليق
بحال العبد والمراة لنقص رأيها ويحتمل عدمه لانه متعلق بالمعرفة وحسن
الرأي لخصوصية الاشخاص لان النقص بها انما يحصل لنقد يرهذه الاشياء
من حيث الراي والتدبير قال دام ظله ويسقط عن الحلم على رأي اقول
هذا اختيار ابن الجنيد خلافا للشيخ في المبسوط والخلاف وابن البراج لرواية
حمزة احمد بن الجنيد عباد و ابو حفص بن غياث عن الصادق عليه السلم انه علل

وضع الجزية عن النساء الى ان قال وكذلك المقعد من اهل الترك والذمة والاعمى
والشيخ الفاني لحديث حفص واحتج للشيخ واتباعه بعموم الكتاب ولانها وضعت
للصغار والاهانة وهو مناسب الكفر الثابت في هولاء فيجب وضعها عليهم عملا
بالمقتضي قال دام ظله المجنون وان كان يفيق قيل يحكم للاغلب وقيل
تلفق ايام الافاقة فاذا اكملت حولا فالجزية اقول اتفق الكل على ان المجنون
المطبق لا جزية عليه واختلفوا في الادواري ويفيق على اقوال ثلثة ا قول الشيخ
في الخلاف والمبسوط انه يحكم للاغلب ب انه تلفق ايام الافاقة فيجب ان يكون
حولا ج السقوط وهو اختيار المصنف في مختلف الشيعة احتج الاولون
بان الاعتبار في الاصول بالاغلب واحتج القايلون بالسقوط بما رواه طلحة
عن الصادق عليه السلم جرت السنة بان لا يوخذ الجزية من المعتوه ولا المغلوب
على عقله وهو صادق في حق المطبق وغيره واحتج الاخرون بانه اذا
بلغت ايام الافاقة حولا صدق عليه انه افاق حولا فيجب عليه والصغرى والكبرى
ممنوعتان والحق عندي السقوط قال دام ظله ولو ظهر قوم وزعموا انهم اهل
الزبور ففي تقريرهم اشكال اقول وجه عدم التقرير انها مواعظ لا احكام فيها
ووجه التقرير عموم قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون الى قوله من الذين
اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وان المجوس يقرون مع الاختلاف في اصل كتابهم
فهنا اولى قال دام ظله ولو دخلوا بعد التبديل قبل البعثة احتمل التقرير
مطلقا لا انحطاط درجة المجوس المقرين على دينهم عنهم والتقرير ان تمسكوا بغير
المحرف اقول وجه الاول سقوط الفضل الموجب للاحترام بالتحريف ولانهم
منكرون لبعض كتابهم ومنكر بعض الكتاب كمنكر كله فكان حكمهم كمن لم
يقر بكتاب اصلا ولعموم قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقول
النبي صلى الله عليه وآله امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا
قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها وهذا عام خص منه اهل الكتاب
الملتزمون بحجتهم بالاية والمجوس لقول النبي صلى الله عليه وآله سنوا بهم سنة
اهل الكتاب ومن عداهم من الكفار يبقى على هذا العموم قال دام ظله والاقرب
تقرير المتولد بين الوثني والنصراني بالجزية بعد بلوغه ان كان ابوه نصرانيا والا
فلا

فلا اقول وجه الاقرب انه يقر بالجزية تبعا لابيه حال الصغر وكل من يقر بالجزية تبعا
يقر مع اداء الجزية بعد البلوغ اما اذا كانت الام نصرانية فالاقرب عدم تقريره بالجزية
ولانه لا يلحق احدا من ابويه في ذلك اما الام فلانها ليست من اهل الجزية وان كانت
نصرانية واما الاب فلانه وثني واذا لم يلحق احدا من ابويه في الجزية لا يقر بها ويحتمل
تقريره بالجزية مطلقا لانه يتبع اشرف الطرفين فهو نصراني وكل نصراني يقر
بالجزية للعموم ويحتمل عدم التقرير مطلقا لان الكفر ملة واحدة ولهذا يرث الذمي
من اهل الكتاب مطلقا خلافا للكافر الذي لا يرث وليس ثم اشرف واعلم ان الشيخ
في المبسوط ذهب الى انه تابع لابيه مطلقا والمصنف قال انه تابع لابيه ان كان
كتابيا قال دام ظله ولو توثن نصراني وله ولد صغير ففي زوال الحكم الشرعي عنه
نظر اقول وجه الزوال ان الحكم الشرعي انما ثبت عليه تبعا له ولانه لو اسلم تبعه
ووجه العدم الاصل فان الاصل بقاء ما كان على ما كان وقد ثبت له حكم
الشرع اولا والاصل بقاؤه قال دام ظله ويصح العقد موقتا على اشكال
ينشا من انه بدل الاسلام فلا يصح فيه التوقيت كالمبدل اقول هذا وجه
احتمال عدم صحة التوقيت ويحتمل الصحة لان العقد مبني على الكف وهو العقود
ودوامه شرعا اذ من الممكن ان يجب الاسلام فالمبني عليه اولى بعدم الدوام فيما
لحقد فيما هنا بحسب دوامه فيجوز فيه التوقيت ولان الصحة هنا عبارة عن ترتب
اثره عليه وهو حاصل في الموقت لوجوب الكف عنه وهذا هو اثر العقد فانا اوجبنا
الكف لانه من اهل الكتاب معط للجزية عن يد وهو صاغر وكل من كان كذلك وجب
الكف عنه لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر ولا يحرمون
ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية
عن يد وهم صاغرون جعل الغاية الاعطاء مطلقا قال دام ظله ولا يصح تعليقه
على مشية الامام على اشكال ينشا من انه ليس للامام الاستبداد بالنقض ومن حيث الشرط
اقول قد ذكر المصنف وجه الاشكال فاقول على تقدير الصحة هل للامام
نقضها الاقرب لا لانهم ما داموا يؤدون الجزية ويلتزمون بشرط الذمة
ليس له نقضه بل القايل يتجه ان نقضه عنده فعلهم ما لو شرط عليهم تركه
او تركهم لفعل لو شرط عليهم فعله نقضوا العهد ولم يشترطه هنا واما
نقضه عنده فعلما يوجب النقض في العقد المطلق الصحيح المؤبد فلا شك فيه
قال دام ظله وله الجمع على راي اقول هذا مذهب ابن الجنيد وابي

الصلاح وذهب المصنف في مختلف الشيعة والشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة
وابن ادريس الى عدم جواز الجمع لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم
صاغرون جعل الجزية غاية لقتالهم وليس المراد بها المجموع والا لتعين نفي
احدهما وهو المطلوب قال الا ان يكون المراد الاعم وتعيين الجزيات الى الامام
كالمقدار وهو الاقوى عندي قال دام ظله فان اسلم قبل الاداء سقطت
وان كان بعد الحول على راي اقول هذا مذهب ~~ابن الجنيد وابن الصلاح~~ الشيخ
رحمه الله وابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس لقوله عليه السلم الاسلام يجب ما قبله
ونقل المفيد عن بعض الاصحاب وابن البراج وابن ادريس وجوب الجزية واختاره ابو
الصلاح لانها وجبت عليه بحول الحول فلا تسقط عنه بالاسلام كالدين والاقوى
السقوط لان الجزية اثر الكفر واثار الكفر يقطعها الاسلام وهي دليل الحكم قوله عليه السلم
الاسلام يجب ما قبله من اسقاط ما كلف به كالصلاة ولان الجزية عقوبة وصغار
بسبب الكفر والاسلام يسقطهما ولا عكس عقوبة الكفر بعد الاسلام اجماعا ولنا
فانها سقوط الواجب بالاسلام رخصة قال دام ظله ولو مات في اثناء السنة
فالاقرب السقوط بالكلية اقول وجه القرب وجوبها عند تمام السنة ويحتمل
التقسيط لانها عوض عن بقائه تلك المدة مقرا على دينه قال دام ظله الصغار
ان جعلناه عدم العلم بالمقدار لم يجب الاهانة والا فالاقرب الوجوب اقول قال
الشيخ في الخلاف الصغار المذكور في الاية هو التزام الجزية على ما يحكم به الامام
من غير ان يكون مقدرة والتزام احكامنا عليهم وقال في المبسوط الصغار المذكور
في الاية هو التزام احكامنا وجريانها عليهم قال ومن الناس من قال الصغار هو وجوب
جري احكامنا عليهم ومنهم من قال الصغار ان يؤخذ الجزية قائما والمسلم جالس
وقال ابن الجنيد الصغار عندي هو ان يكون مشروطا عليهم في وقت العقد
ان يكون احكام المسلمين جارية عليهم اذا كانت الخصومات او تحاكموا في حضر ما بينهم
الينا وان يؤخذ منهم وهم قيام على الارض وقال ابن ادريس اختلف المفسرون
في الصغار والاظهر انه التزام احكامنا عليهم واجراؤها وان لا يقدر الجزية
فيوطن نفسه عليها بل يكون بحسب ما يراه الامام لما يكون معه ذليلا صاغرا
خائفا فلا يزال كذلك غير موطن نفسه على شيء فحينئذ يتحقق الصغار الذي
هو الذلة وقيل الصغار هو الاهانة فحينئذ يجب الاهانة لقوله تعالى حتى يعطوا
الجزية عن يد وهم صاغرون وقال المفيد الصغار هو ان يأخذهم الامام
بما

[illegible]

بما لا يطيقون حتى يسلموا قال الصادق عليه السلم ان الله تعالى يقول حتى يعطوا
الجزية عن يد وهم صاغرون وللامام ان يأخذهم بما لا يطيقون حتى يسلموا والا
فكيف يكون صاغرا وهو لا يكترث بما يؤخذ منه قال دام ظله والاقرب في
الجزية مراعاة مصلحة المسلمين في الغنيمة المسوقة او المقدر الشرعي اقول
لان الجزية وضعت لمصلحة المسلمين وليست بزكاة لعدم صحة الزكوة من الكافر
ومن انا نصلح ونقع على انها زكوة فتكون كحكمها والاقوى عندي الاول
قال دام ظله لو خرقوا الذمة في دار الاسلام ردهم الى مأمنهم وهل له قتلهم
واسترقاقهم ومفاداتهم فيه نظر اقول لا خلاف في جواز الرد الى مأمنهم
وهل يحتمل الامام لا فيجوز استرقاقهم وقتلهم ومفاداتهم يحتمل الاول لانه فعل
دخل الدار بامان فلا يغتال بل يجب رده الى مأمنه لنقل الاصحاب على ان كل
من منع حكم عنه باسقاط الامان كان الحربي لا يغتال بل يرد الى مأمنه ثم يصير حربيا ولان
عقد الذمة اقوى من الامان في حكمه مع تحققه وشبهه بامان مع تداوله ومن
دخل بشبهة امان لا يغتال بل يرد فهنا اولى والاصل فيه ان هذا العقد حرمة
الامان او لازمه وهو اعم ورفع المركب والملزوم للاخص لا يستلزم رفع اجزائه
ولا رافع للازم فلم يفعل ما يبطل امانه ويحتمل الثاني لانهم مع خرق الذمة يصير
حربيا اجماعا فيشملهم قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم والامان باعتبار
عقد الذمة وقد بطلت وعموم قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون
والاصل فان علة الامان هو الجزية وقد بطلت فيبطل لان عدم العلة علة العدم
والمعلول لا يتاخر عن علته ومعنى البطلان هنا هو عدم ترتب الاثر وهو ترك قتله
قال دام ظله ولو انفرد واحد بعيد عن بلاد الاسلام ففي وجوب دفع من يقصدهم
من الكفار اشكال اقول يحتمل الوجوب لجري احكام المسلمين عليهم ببذل
الجزية لقول امير المؤمنين علي بن ابي طالب صلى الله عليه وآله انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم
كدمائنا واموالهم كاموالنا فاذا ثبت حكم دماء المسلمين كدمائهم وجب الذب
عنهم ويحتمل عدمه لان الجزية عوض قتلهم وسبيهم لانه المفهوم من قوله
تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الآية فلا يجب الدفع عنهم بسبب العقد
ولانها تسقط الجهاد عنهم في الدين فلا يوجب الجهاد عنهم ولانها عوض
لانها خلف عن القتل والقتل عقوبة ولا يجب بسبب العقوبة الدفع عنهم
قال دام ظله نعم لو انهدمت ففي الاعادة نظر اقول للاصحاب فيه قولان

قال الشيخ في المبسوط لا يجوز لانه لا دليل عليه وتبقيتها محرم ممنوع منه قال ولو
قلنا لهم ذلك كان قويا لانا اقررناهم على التبقية فلو منعناهم من العمارة
لخربت والاولى الجواز لان علة اقرارهم التراضي بينهم ومن ضرورته تعبد
اتهم وجريان التواتر من لدن رسول الله صلى الله عليه وآله الى يومنا هذا بترك
البيع والكنائس ولا يقوم البناء عادة هذه المدة واحتج المانع بان
الاعادة كالابتداء ولقوله عليه السلم لا احصن في الاسلام ولا كنيسة قال
دام ظله وفي المساواة اشكال اقول بينا ان المقصود الاهانة ولا
تحصل في المساواة وفي البناء ومن انه يحرم العلو استلزم تحريم المساواة قال
دام ظله فلو بلغها المسلم فالاقرب اقراره عليها لعلو اقول يحتمل الازالة لان
الشارع جعل تعلية الذمي بناءه على المسلم سببا للازالة سواء استمرت في يده
او انتقل الى آخر وهو موجود هنا ووجه القرب ان الشارع جعل شراها من مسلم
سببا للاقرار وعدم الازالة وهو اعم من صورة النزاع والاستصحاب قال
دام ظله وان سبه الى الزنا فهو قذف فان اسلم لم يلزمه سوى الحد ويحتمل القتل لان حد
قذف النبي القتل وحد القذف لا يسقط بالتوبة ووجوب ثمانين لان قذف النبي
ارتداد وقد سقط حكمه بالتوبة وبقي حكم القذف اقول وقد مر المصنف
في احكام هذه المسئلة كافية فلا فائدة في التكرار قال دام ظله وفيما
بينهما خلاف اقربه اعتبار الاصلح اقول قال الشيخ الظاهر انه يجوز لعموم
الامر بالقتال في قوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين خرج منه
اربعة اشهر لتخصيص القرآن لها فيبقى الباقي على العموم وقيل بالجواز لان المدة
قصرت عن اقل الجزية فجاز العقد فيها كالاربعة للاشهر والاولى اعتبار الاصلح
قال دام ظله ولو انتقل الى ما يقر اهله عليه ففي القبول خلاف اقول قال
الشيخ في الخلاف وابن الجنيد والمصنف في المختلف نعم وادعى الشيخ في الخلاف
الاجماع عليه ولان ابتداء الكون على المذهب المنتقل اليه مقبول فكذا عقيب كفره
المساوي له في جميع الاعتبارات وقال في المبسوط لا يقر لقوله تعالى ومن يبتغ
غير الاسلام دينا فلن يقبل منه ولقوله عليه السلم من بدل دينه فاقتلوه
والاقوى عندي انه لا يقبل قال دام ظله فان عاد ففي قتله قولان اقول
القولان للشيخ في المبسوط قال دام ظله فان اصر فقتل قيل لا يملك
اطفاله

اطفاله للاستصحاب اقول هذا قول الشيخ رحمه الله تعالى قال دام
ظله والاقرب كراهية كتب الاحاديث اقول وجه القرب ما له الجواز
وحرمتها وقال الشيخ حكم الدفاتر التي فيها احاديث رسول الله صلى
الله عليه وآله وآثار السلف واقاويلهم حكم المصاحف والاقرب
الاول قال دام ظله وفي قسمة ما حواه العسكر من الغانمين قولان اقربهما
المنع اقول ذهب السيد المرتضى رحمه الله وابن ادريس الى انه لا تقسم وقال
ابن ابي عقيل والشيخ في الخلاف وابن الجنيد وابن البراج وابو الصلاح تقسم
لان عصمة النفس اولى من عصمة المال فاباحة المال اولى من اباحة النفس وقال
الشيخ نجم الدين بن سعيد رحمه الله ما حواه العسكر للمقاتلة خاصة وقوله خاصة
ليخرج من ولده ومن يتصل بهم نعم القتال للمرتد قبل القسمة واعلم ان الخلاف
انما هو فيما حواه العسكر دون باقي اموالهم احتج المصنف بقوله عليه
السلم لا يحل مال امرء مسلم الا بطيبة من نفسه

المقصد الخامس في الامر

بالمعروف والنهي عن المنكر قال دام ظله وانما الخلاف في مقامين احدهما
انهما واجبان على الكفاية او على الاعيان والثاني انهما واجبان عقلا او سمعا
والاول في المقامين اقوى اقول ذهب السيد المرتضى وابو الصلاح وابن
ادريس الى وجوبهما سمعا لانه لو وجبا عقلا لم يرتفع معروف ولم يقع منكرا او يكون تعالى مخلا
بالواجب واللازم بقسميه باطل فالملزوم مثله بيان الشرطية ان الامر بالمعروف
هو الحمل عليه والنهي عن المنكر هو المنع منه فلو وجبا بالعقل لوجبا عليه تعالى
اذ كلما وجب بالعقل يجب على كل من حصل وجه الوجوب في حقه وكان يجب
عليه تعالى الحمل على المعروف والمنع من المنكر فان فعلهما لزم الاول
والا لزم الثاني والاقوى عندي الاول لما تقدم وذهب الشيخ والمصنف
الى وجوبهما عقلا لانه لطف وكل لطف واجب واعلم ان الشيخ وابن حمزة
اوجباهما على الاعيان لعموم القرآن والسنة واوجبهما على الكفاية
المصنف وابو الصلاح وابن ادريس لقوله تعالى ولتكن منكم امة يدعون
الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر والاقوى عندي الاخير
قال دام ظله فلو افتقر الى الجراح او القتل ففي الوجوب مطلقا او باذن

الامام قولان **اقول** ذهب السيد المرتضى رحمه الله والشيخ في المبسوط وابن
ادريس وابو الصلاح الى الاول لعموم وجوبها وذهب الشيخ في الاقتصاد
والنهاية وسلار وابن البراج الى الثاني لانه لو جاز لجاز الجهاد من غير اذن
الامام عليه السلام لكن الثاني باطل اجماعا فالمقدم مثله والملازمة ظاهرة
قال دام ظله وفي اقامته على ولده وزوجته قول بالجواز **اقول** القول
للشيخ في النهاية وابن البراج ومنع سلار من ذلك وقال ابن ادريس يقيم على عبده
خاصة **قال** دام ظله ولو ولي من قبل الجائر عالما بتمكنه من وضع الاشياء
في مظانها ففي جواز اقامة الحد له بنية انه نائب عن سلطان الحق نظر
اقول المراد اذا كان فقيها ووجه النظر اختلاف الاصحاب فذهب الشيخ
في النهاية الى الجواز لان غرض الشارع من وضع الحدود الزجر عن المحارم و
المواظبة على الخيرات وتحصيله جائز متعين وقال ابن ادريس بعدمه

كتاب المتاجر

وفيه مقاصد **الاول** في المقدمات وفيه فصول
الاول في اقسامها **قال** دام ظله والاقرب في ابوال ما يؤكل لحمه التحريم الا
ابوال الابل للاستشفاء **اقول** هذا مذهب المفيد والشيخ في النهاية وذهب
ابن ادريس والمصنف في المختلف الى الجواز لانه طاهر ينتفع به فيسوغ بيعه كغيره
وانا اذكر قاعدة يعرف منها مسائل الخلاف والوفاق ومسائل الاجماع
في كل مسائل البيع فاقول ما لا منفعة فيه اصلا لا يجوز العقد عليه
لان ذلك يكون من اكل المال بالباطل فيحرم لقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم
بالباطل ولم يقصد بذلك ما ينتفع به الى الهبة فيجوز له وهذا الذي لا منفعة
فيه لا ينتفع بملكه كالخمر والميتة الا ان الخمر اذا اخذ للتخليل فقد يتملك اقسامها
للتخليل واما ما فيه منفعة مقصودة فلا يخلو من ثلاثة اقسام **احدها**
ان يكون سائر منافعه محرمة والثاني ان يكون سائر منافعه محللة والثالث
ان يكون بعضها محللا وبعضها محرما فان كانت سائر منافعه محرمة صار كالقسم
الاول الذي لا منفعة فيه كالخمر والميتة وان كانت سائر منافعه محللة جاز
بيعه اجماعا كالثوب والعبيد والعقار وغير ذلك من ضروب المال وان كانت
منافعه

منافعه مختلفة فهذه المواضع من المشكلات ومزلة الاقدام **فنقول** قد تقدم
اصلان جواز البيع عند تحليل سائر المنافع وتحريمه عند تحريم جميعها فاذا اختلفت علينا
فانظر فان كان جل المنافع والمقصود منها محرما حتى صار المحلل من المنافع كالمطرح
فان البيع ممنوع وقد اوضح الحاق هذا باحد الاصلين لان المطرح من المنافع كالمعدوم
واذا كان كالمعدوم صار كانه الجميع محرم والاشارة عليه السلام بقوله لعن الله اليهود
حرمت عليهم الشحوم فباعوها وان كان الامر بعكس ذلك كان الحكم بعكسه وهو
ان يكون المقصود من المنافع وجلها محللا وكان المحرم مطرح في المقصود واوضح الحاق
هذا بالاصل الثاني وهو تحليل سائر منافعه واشكل من هذا القسم ان يكون فيه منفعته
محرمة مقصودة مرادة وسائر منافعه سواها محلل مقصود فان هذا يشغل الحاقه
بالقسم الممنوع لان كون هذه المنفعة المحرمة مقصودة يمنع من ان لها حصة من الثمن
لان العقد اشتمل عليها كما اشتمل على سائر المنافع سواها وهو عقد واحد
على شئ واحد لا سبيل الى تبعضه والمعاوضة على المحرم منه ممنوع فيمنع الكل
واذا وقع من هذا النوع مسائل تشكل على العالم اذ يرى المنفعة المحرمة ملتبسا
امرها هل هي مقصودة ام لا ويرى ما سواها منافع مقصودة محللة فيمنع من
التحريم لاجل ان المقصود من المنافع محلل ولا يطلق القول بالاباحة لاجل الاشكال
في تلك المحرمة هل هي مقصودة ام لا ومنها اقل اخر فيقول بالكراهة لتحفظ
بهذا الاصل **قال** دام ظله والاقرب جواز بيع كلب الصيد والماشية والزرع و
الحائط واجارتها واقتنائها **اقول** هذا مذهب ابن الجنيد وابن ادريس
وابن حمزة للاصل وجوز الشيخ والمفيد وابن البراج بيع كلب الصيد دون غيره
لنا انه لو جاز بيع كلب الصيد جاز بيع باقي الكلاب الاربعة والمقدم ثابت اجماعا
فالتالي مثله بيان الشرطية ان المقتضي للجواز هناك كون المبيع مما ينتفع به وثبوت
الحاجة الى المعاوضة عليه وهذان المعنيان ثابتان في صور النزاع فيثبت الحكم
عملا بالاصل السالم عن معارض اذ الاصل الاباحة ولان لها ديات منصوصة
ولانه يجوز اجارتها فيجوز بيعها **احتج** الشيخ بما رواه عن السكوني
في الموثق عن الصادق عليه السلام قال السحت ثمن الميتة وثمن الكلب وبما
رواه الوليد العماري قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن ثمن الكلب الذي
لا يصيد فقال سحت واما الصيود فلا باس وفي السند ضعف **قال** دام

طلقه ولو قيل بجواز بيع السباع اجمع لفايدة الانتفاع بجلدها ان كانت مما يقع عليها
الذكاة كان حسنا **اقول** قال المفيد بتحريم بيع السباع وهو اختيار سلار
وابن ابي عقيل والشيخ في النهاية الا الفهود ومما ذكره المصنف هنا مذهب
ابن ادريس وابن البراج والشيخ في المبسوط لنا انه عين طاهرة ينتفع بها
فجاز بيعها اما الصغرى فلما بينا من طهارة المسوخ واما الكبرى فلعموم
قوله تعالى واحل الله البيع اذ الفقهاء اتفقوا في سائر الانصار والاصقاع
على عمومه ولرواية العيص بن القسم عن ابي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الفهود وسباع
الطير هل يلتمس التجارة فيها قال نعم **قال** رحمه الله وفي جواز بيع لبن الادميات
نظر اقربه الجواز **اقول** وجه القرب اشتماله على منفعة مقصودة عقلا وشرعا
ويحتمل عدمه لانه من الفضلات كالبصاق وايضا البيع من الامور الشرعية
فيتلقى من الشرع فيه جواز البيع حكم بجواز بيعه والا فلا ولم يرد الشارع
في اجزاء الادمي المعينة وفضلاته جواز البيع بل منع منها واللبن من احدهما
والاقرب عندي جواز بيع اللبن **قال** رحمه الله وقد وردت رخصة في اباحة
اجرها في العرس اذا لم تتكلم بالباطل ولم تلعب بالملاهي ولم يدخل الرجال عليها **اقول**
الرخصة ما جاز فعله مع قيام المانع لمعنى اقتضى جوازه بدليل وهنا كذلك لقيام
الدليل على تحريم الغناء الملاهي وورد دليل الرخصة رواية ابي بصير في الصحيح قال قال
ابو عبد الله عليه السلام اجر المغنية التي تزف العرائس ليس به باس ليست بالتي يدخل
عليها الرجال وقد اختلف الاصحاب هنا فقال الشيخ في النهاية لا باس باجر المغنية
اذا لم تغن بالباطل ولا تدخل على الرجال ولا يدخل الرجال عليها وقال ابو الصلاح
وتحريم الغناء كله فظاهر المفيد كسب المغنية حرام واختاره ابن ادريس وهو الاقوى
عندي لان هذه الرواية من الاحاد فلا تعارض الدليل المانع لتواتره **قال**
رحمه الله والاقرب انه لا حقيقة له وانما هو تخييل **اقول** المراد بالسحر استحداث
الخوارق بمجرد التأثيرات النفسانية او بالاستعانة بالفلكيات فقط او على سبيل
تمزيج القوى السماوية بالقوى الارضية او على سبيل الاستعانة بالارواح الساذجة
وتخص اهل المعقول الاول باسم السحر والثاني بدعوة الكواكب والثالث
بالطلسمات والرابع بالعزائم وكل ذلك محرم في شريعة الاسلام ومستحله
كافر اما على سبيل الاستعانة بخواص الاجسام السفلية فهو علم الخواص
او

او الاستعانة بالنسب الرياضية وهو علم الحيل وجر الاثقال وهذان النوعان
الاخيران ليسا من السحر اذا عرفت ذلك فنقول اختلف الفقهاء في ان السحر
لا بمعنى دعوة الكواكب فان الكواكب لا تأثير لها قطعا هل له حقيقة اي تأثير او
تخييل لا حقيقة له بمعنى عدم التأثير ذهب بعضهم الى الاول واخرون الى الثاني
ومأخذ القولين قوله تعالى فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه وما
هم بضارين به من احد الا باذن الله الاية **احتج** الاولون من هذه الاية
بوجهين **أ** انه تعالى ذمهم على تعلم ما يفرقون به فلو لم يكن له تأثير لما استحقوا
الذم **ب** انه تعالى اسند التفريق اليه اذ الباء للسببية واحتج الاخرون منها
بقوله تعالى وما هم بضارين به من احد الا باذن الله ولو كان له تأثير لثبت الضرر
به وهنا وجوه من الاعتراض **أ** انه نفى الاضرار وهو غير لازم للتأثير فلا يستلزم نفيه
نفيه **ب** الفعل بالآلة يتوقف من حيث الفاعل على القدرة والداعي والارادة ومن حيث
الفعل على امكانه ومن حيث الآلة على كونها صالحة للتأثير ونفي الفعل بالآلة
لا يستلزم نفي كون الآلة صالحة للتأثير اذ نفي المجموع لا يستلزم نفي الجزء المعين
ج انه استثنى بقوله الا باذن الله والاستثناء من النفي اثبات فيصير التقدير انه اذا
اذن الله صاروا ضارين به وهذا اثبات للتأثير **والجواب** عن **أ** انه لو كان
مؤثرا فاثره اما ان يحصر في النفع او في الضرر او يشترك بينهما والاول محال والا
لكان حسنا والثاني والثالث اما ان يكون مكلفا بما يتمكن من الاضرار به اولا والثاني
باطل والا لم يكن قبيحا والاول كذلك اما ان يتوقف التأثير به على اذنه تعالى او لا والثاني
باطل بالآية لانه تعالى قد نفى الاضرار به الا باذنه والحصر للاضرار به في اذنه
تعالى لكن اذن الله تعالى فيه محال لاستحالة اذنه تعالى بالقبائح وهو ظاهر
عندنا واما عند الاشاعرة حيث قالوا بانتفاء الحسن والقبح العقليين **فنقول**
الا انا نعلم لو اذن في القبائح لزم اجتماع النقيضين لانه بالاذن يكون حسنا لعدم
وبالنهي عنه يكون قبيحا وفرق بين الاذن والارادة على قواعدهم فانه
في الاضرار موقوف على المحال فيكون محالا فلا يكون مؤثرا في الاضرار فلو كان
مؤثرا لكان في النفع خاصة ويعود القسم الاول وعنه يظهر الجواب عن الثاني
والثالث **لا يقال** يلزم نفي قبحه على قولكم لانا **نقول** لا يلزم ذلك لجواز
اشتمال هذا الفعل على وجه قبح غير حكمه ولان القبح اعتقاد تأثيره

والجواب عن احتجاج الاولين انما عن آل اهم من حيث الاعتقاد ومن
حيث قبح الفعل لاشتماله على وجه قبح غير ما ذكرناه وعن ب انه اسند الاثم
الى المبيع في اعتقادهم فيقدرون انهم يتعلمون منهم ما يعتقدون انهم يفرقون به بين المرء
وزوجه واعلم ان الحق عندي انه لا بأس به ولا تحقيقه قال دام ظله ولو استراه
الكافر فالاقرب البطلان اقول يحتمل ضعيفا الصحة لعدم دلالة النهي في
على الفساد ووجه الاقرب ان النهي في المعاملات اذا لم يتم عرض البائع في
تحريمه انما بابطاله وجب القول ببطلانه مطلقا قال دام ظله نعم لو اخذ الاجر
على المبيح منها فالاقرب جوازه اقول اطلق ابن البراج القول بالتحريم لعموم النهي
عن اخذ اجر التخليل وهو يشمل الواجب والمندوب ووجه القرب انه فعل سابغ
غير واجب يجاز اخذ العوض عليه كغيره من المباحات وكالحج المندوب وللاصل قال
دام ظله بتلقي الركبان مكروه على راي اقول هذا اختيار الشيخين وقال ابن
البراج وابو الصلاح وابن ادريس انه محرم والحق الاول للاصل احتج الاخرون بما
رواه منهال القصاب عن الصادق عليه السلام قال قال لا تلق ولا تشتر ما تلق
ولا تأكل منه والجواب انه اعم من التحريم قال دام ظله ومع الغبن
الفاحش يتخير المغبون على الفور على راي اقول هذا قول الشيخ في المبسوط
وابن ادريس كخيار العيب لانه خيار تدليس فكان كخيار المصراة والفرق
انه في المصراة للاختبار وقيل لا يسقط الا بالاسقاط ونصره نجم الدين ابو القسم
بن سعيد وهو الاقوى عندي قال دام ظله ويحرم الاحتكار على راي
اقول هذا مذهب الصدوق في المقنع وابن البراج لقول النبي عليه السلام لا يحتكر
الطعام الا خاطئ وقال عليه السلام المحتكر ملعون وذهب الشيخ في المبسوط
والمفيد الى الكراهية للاصل ولقول الصادق عليه السلام نكره ان يحتكر الطعام
ويترك الناس ليس لهم طعام والقولان لابي الصلاح في الكافي قال دام ظله
وقيل ان يستبقيها ثلثة ايام في الغلات [illegible] في الرخص اقول هذا القول
للشيخ الطوسي وابن البراج لقول الصادق عليه السلام الحكرة في الخصب اربعون
يوما وفي الشدة والبلاء ثلثة ايام فما زاد على الاربعين في الخصب فصاحبه ملعون
وما زاد في العسرة على ثلثة ايام فصاحبه ملعون قال دام ظله ويجبر على
البيع لا التسعير على راي اقول هذا مذهب الشيخ وابن البراج وابن
ادريس

ادريس لان المقصود هو بذل الطعام للبيع وقال المفيد للسلطان ان يسعرها بما يراه
والا لانتفت الفائدة واختاره المصنف في المختلف وابن حمزة جبره على عدم التشديد
الناقي للعامة والحق البيع عليه حيث قال دام ظله وان اطلق فالاقرب تحريم اخذه
منه اقول هذا مذهب الشيخ في كتاب الوكالة من المبسوط وابن ادريس في كتاب الزكوة
من كتابه لمعاينة الدفع الاخذ ولرواية عبد الرحمن بن الحجاج الصحيحة قال
سألته عن رجل اعطاه رجل مالا ليقسمه في محاويج او مساكين وهو محتاج ايأخذ منه
لنفسه ولا يعلم قال لا يأخذ منه شيئا حتى يأذن له صاحبه وذهب الشيخ في النهاية وابن
ادريس في كتاب المكاسب الى جواز الاخذ منه قال دام ظله ولو مر بثمر النخل و
الفواكه او الزرع فالاقرب جواز الاكل دون الاخذ والمنع احوط اقول الاول قول
الشيخ وبه رواية ولعلها [illegible] عقبة [illegible] قال دام ظله المقصد الثاني في
البيع وفيه فصول الاول الصيغة وفي اشتراط تقديم الايجاب نظر اقول ذهب
الشيخ في المبسوط وابن حمزة وابن ادريس الى الاشتراط لان القبول اضافة لا يتحقق بعد منها
على احد المتضايفين ولاصالة بقاء الملك على بايعه ولا ينتقل عنه الا بسبب شرعي ولم
يثبت كون مثل هذا سببا شرعيا فيبقى على الاصل وذهب ابن البراج الى عدمه كما
النكاح ولان الاصل اعتبار الرضا من المتبايعين والالفاظ دالة عليه فلا عبرة
بالترتيب والجواب الفارق في النكاح حياء المرأة المانع من تقديم الايجاب فكان الرضا
وحده غير كاف والاقوى انه لا يصح تقديم القبول الفصل الثاني المتعاقدان قال
دام ظله وهل يصح له استيجار المسلم او ارتهانه الاقرب المنع اقول لانهما سبيلان
وكل سبيل للكافر منفي عن المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا
والنكرة المنفية للعموم ويحتمل الصحة لان الاستيجار عبارة عن ثبوت عمل
في ذمة المسلم مستحق للكافر وذمة المسلم قابلة للاشتغال بما يستحقه الكافر
والمسلم كالدين فان طريقهما واحد ولم يفرق احد بينهما والرهن
تسلط على استيفاء دينه من ثمنه فلا يستلزم ثبوت السبيل عليه اذ يبيع الكافر المسلم الراهن
يصح واستيفاء من دراهم حصلت من ثمن المسلم عن الممنوع منه والاقوى
عندي المنع في المسلم لان الرهن يستلزم قبض الكافر اما اشتراطه كما هو مذهب
بعض او جوازه بالمعنى الاعم والقبض يفيد ولا سبيل للكافر على المسلم وكذا الاستيجار
قال دام ظله [illegible] لا قرب جواز [illegible] له والاعارة [illegible] عنده اقول

وجه القرب ان الايداع محافظة وامانة وقطع لسلطنة المستودع فان المستودع
ليس له الا المحافظة والعارية لا تقتضي استحقاق رقبة ولا منفعة بل تقتضي
اباحة العين وعلى المسلم للكافر بغير عوض جائز ويحتمل المنع لانه اثبات يد على
المسلم وهو سبيل ممنوع منه والاقوى عندي عدم الجواز في الجميع قال
دام ظله وهل يسترد العبد او القيمة فيه نظر ناش من كون الاسترداد تملكا
للمسلم حادثا او من كون الرد بالعيب موضوعا على القهر كالارث الى قوله
وكذا البحث لو وجد المشتري به عيبا اقول ذكر المصنف الوجهين والاقوى
عندي ان الكافر اذا اسلم يباع على سيده من مسلم لانه قد زال ملك الية عنه
ويبقى له حق استيفاء عنه في رقبته المعنى انه يملكه لان الملك سبيل وهو منفي
لعموم الاية فهذا البيع بالنسبة الى الكافر استيفاء والى المشتري كالبيع وهذا
حكم المسلمين قال دام ظله اما المطلقة فالاقرب الحاقها لقطع السلطنة
اقول الاقوى عندي العدم لان المكاتب مملوك لانه لو مات قبل اداء المال اخذ
مولاه جميع ما لديه وحكمنا انه مات رقا قال دام ظله ولو اسلمت ام ولد لجبر
على العتق لا التخيير وفي البيع نظر اقول وجه النظر تعارض مقتضى البيع وتحريمه
ولا يمكن اثباتهما ولا رفعهما لان رفع كل واحد انما هو لثبوت الاخر فيلزم ثبوتهما هذا خلف
والاقوى عندي وجوب دفع القيمة من الزكوة او من بيت المال ويقع عنه لمحبة
عتقها قال دام ظله وهل يلحق الطفل باسلام ابيه الجد او العبد لغير المالك اشكال
واسلام الجد اقوى اشكالا اقول يحتمل الالحاق على البيع في الاول لان الولد
صار مسلما لقوله عليه السلم كل مولود يولد على الفطرة وانما ابواه يهودانه وينصرانه
ويمجسانه حصر سبب كفر الولد في كفر ابويه لان انما تفيد الحصر فهذا الولد
انما ان يكون تابعا لابويه في الاسلام والكفر اولا وانما كان بيت المطلب لاسلام
السبب في الاول فانتفا السببية في الثاني بقاء الملك سبيل قطعا وهو منفي
بالاية فيجبر على البيع ويحتمل عدمه لان الالفاظ انما تحمل على الحقيقة
عند الاطلاق والنص انما ورد على منع عبد الكافر اذا اسلم والتابع في
الاسلام ليس مسلما حقيقة بل انما يجري عليه احكام المسلمين والمسلم
حقيقة انما هو المباشر للاسلام لقوله تعالى انما المومنون الذين امنوا
بالله

بالله ورسوله واذا كانوا معه على امر جامع لم يذهبوا حتى يستاذنوه وهو انما يصدق
في المباشر وانما الحصر ولاصالة بقاء الملك واما كون الاشكال في اسلام
الجد اقوى فلوجود لا اشكال في بعضيته حال حريتهما في الاسلام مع افتراقهما
في الملك يكون اقوى اشكالا ولاستلزام القول بعدم اجباره مع اسلام الاب
القول بعدم اجباره في اسلام الجد لان بعضيته للجد اضعف ومع القول باجباره
مع اسلام الاب ففي اجباره مع اسلام الجد مع وجود الاب اشكال لان في بعضيته
للجد مع وجود الاب اشكالا ومن حيث انه اشرف الطرفين اعني طرف الابوة ومن حيث
استلزامه ترجيح المجاز على الحقيقة مع انتفاء القرينة والاستلزامه استعمال اللفظ
المطلق الخالي عن القرينة في مجموع الحقيقة والمجاز قال دام ظله فان وكله
عبد في شراء نفسه من مولاه صح على راي اقول قال الشيخ في المبسوط فيه وجهان
احدهما يصح كما لو وكله في شراء عبد اخر باذن سيده والثاني لا يصح لان يد العبد يد
السيد فالخطابه وقبوله بالاذن بمنزلة ايجاب سيده وقبوله فاذا كان كذلك واوجب
له سيده وقبل هو صار كان السيد هو الموجب والقابل للبيع وذلك لا يصح قال والاول
اقوى وقال ابن البراج الاقوى عندي انه لا يصح الا ان ياذن له سيده في ذلك فان
لم ياذن فيه لم يصح واحتج المصنف بان بيع مولاه رضا منه بالتوكيل قال دام ظله
فبيع الفضولي موقوف على الاجازة على راي اقول هذا اختيار الشيخ في النهاية
والمفيد وابن الجنيد وابن حمزة وقال الشيخ في المبسوط والخلاف ببطلانه وتابعه
ابن ادريس احتج الاولون بانه عليه السلم دفع دينارا الى عروة البارقي ليشتري
به شاة فاشترى به شاتين وباع احديهما بدينار وجاء بشاة ودينار فقال
النبي صلى الله عليه وآله وسلم بارك الله في صفقة يمينك وجه الاستدلال انه باع
الشاة الثانية من غير اذن النبي عليه السلم ثم انه عليه السلم اجازه احتج الاخرون
بقول النبي عليه السلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك ولبطلان بيع الابق
لتعذر التسليم وهو شرط فيمتنع مع عدم الملك فيه وعدم القدرة على تسليمه اولى لفقد
البيع بفقد الشرط والاقوى عندي البطلان لقوله عليه السلم لا بيع الا
فيما تملك والحقيقة نفي اصل البيع الشرعي فتنتفي الصحة واثر الاجازات

نفي الصحة وانما كان تحقق البطلان ولقبح التصرف في مال الغير بغير اذنه عقلا ولان
جواز التصرف بالعقود من توابع الملك وليس باعم منه ومعلول له ولا يجوز وجود
التابع الذي ليس باعم بغير متبوعه وكذا المعلول لا يجوز وجوده بدون علته ثم

قال دام ظله وللمالك تتبع العقود ورعاية مصلحته ومع علم المشتري اشكال

اقول هذه المسألة مبتنية على المسألة السابقة ومتفرعة عليها فعلى بطلان بيع الفضولي
من اصله فبيع الغاصب اولى بالبطلان وعلى القول بوقوف بيع الفضولي على اجازة
المالك فالاكثر على انه كذلك في الغاصب مع جهل المشتري اذ الشرط عندي في
اعتبار الصيغة شرعا بالنظر الى الفاعل كونه مكلفا مختارا رشيدا قاصدا لها
ولمعناها وزاد بعضهم عدم مسبوقيتها بنهي المالك لا غير ومعنى اعتبارها
صلاحيتها للتأثير بالفعل عند اجتماع الشرائط واجازة المالك سبب لسببية الصيغة
للتأثير بالفعل وبرهنها تتبع المالك العقود الكثيرة بالنقض والابطال ورعاية
مصلحته ويبنى على ذلك اذا ربح الغاصب في المال المغصوب هل يكون الربح له او
للمالك فنقول ان كان المشتري جاهلا فللمالك تتبع العقود والابطال
ورعاية مصلحته والربح له في سلسلتي المثمن والثمن واما ان كان المشتري عالما
بالغصب فعلى قول الاصحاب ان المشتري اذا رجع عليه بالسلعة لا يرجع على
الغاصب بالثمن مع وجود عينه فيكون قد ملكه الغاصب مجانا لانه بالتسليم الى
الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بعد اخذ المالك العين المغصوبة
بنص الاصحاب فقبله اولى ان لا يكون له والمالك قبل الاجازة لا يملك الثمن لان
الحق ان الاجازة شرط او سبب فلو لم يكن للغاصب لكان ملكا بغير مالك
وهو محال فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له فاذا نقل
الثمن عن ملكه لم يكن للمالك ابطاله ويكون ما اشترى الغاصب بالثمن له وربحه
له وليس للمالك اخذه لانه ملك الغاصب وعلى القول بان اجازة المالك
كاشفة فاذا اجازه كان له ويحتمل ان يقال للمالك العين حق يتعلق بالثمن فان
له اجازة البيع واخذ الثمن وحقه مقدم على حق الغاصب لدفع المشتري الى الغاصب
يؤخذ بلحوق احواله وانما شرط عليه والمالك بوجود الحوالة فلا يتحقق ان

نقول

نقول في سلسلة الثمن مع علم المشتري اشكال للمالك اخذ عينه فيفسخ جميع
العقود عليها وله اجازة اي العقود اراد فاذا اجاز عقدا مضى ما بعده وبطل
ما قبله وكان له غبنه ان كان المشتري جاهلا او عالما على احد الاحتمالين فيبطل
جميع العقود تعقب في سلسلة الثمن والفرق بينه وبين المثمن انه اذا اجاز عقدا
فقد خرج المثمن عن ملكه الى ملك المشتري فصح تصرفاته فيه ودخل الثمن في ملك المجيز
فبطل تصرف غيره فيه والاصح عندي انه مع وجود عين الثمن للمشتري العالم
اخذه ومع التلف ليس له الرجوع به قال دام ظله والاقرب اشتراط كون العقد
له مجيز في الحال فلو باع مال الطفل قبل بلوغه لم ينفذ على اشكال وكذا لو باع مال غيره
ثم ملكه واجاز اقول هنا مسئلتان المسئلة الاولى هل يشترط ثبوت المجيز
لعقد الفضولي في الحال يحتمل ذلك ويبنى على مقدمات آ معنى صحة بيع الفضولي
قبل الاجازة امكان ترتب الاثر عليه امكانا قريبا اعني اقرب المراتب من مراتب
الامكان الاستعدادي لانه عبارة عن اجتماع الشرائط فاذا بقي من شرائط
بيع الفضولي شرط واحد وهو اجازة المالك او وليه وكان حصولها ممكنا امكانا
قريبا اصطلحوا بصحة بيع الفضولي او صلاحيته لانه ترتب عليه الاثر حال وقوعه ب
كل ان ممتنع وقوع الشرط فيه ممتنع وقوع المشروط ج البيع اذا بطل في وقت بطل
دائما فحال عدم المجيز ممتنع ترتب الاثر والفعل لم يترتب الاثر عليه فلا يحصل معنى الصحة
فلم يعني البطلان واذا بطل لم يمكن ان يترتب صحته ويحتمل عدمه للاشتراط لانه
لا يشترط اقتران الاجازة بالعقد بل يجوز تأخرها زمانا طويلا فلا يتم اشتراط الا
باستعداد القريب واعلم ان هذا الفرع يأتي على مذهب الاشاعرة واما على قولنا
ففي صورة واحدة وهي بيع مال الطفل على خلاف المصلحة او الشراء له المسئلة الثانية
اذا باع مال غيره ثم ملكه يحتمل الصحة لان اجازة المالك موجبة للصحة فعل المباشر
فلك ابلغ ولان عقد الفضولي سبب صالح للتأثير عند وجود الشرط وقد يحصل ولزوال
المانع وهل يتوقف على الاجازة اشكال من حيث ان الرضا الاول لم يكن معتبرا
لانه لم يكن مالكا ومن حيث تحقق شرط اعتباره ويحتمل البطلان لتضاده
ملكي تخصيص لشيء واحد بعينه وقد تحقق احد الضدين فينتفي الاخر والتحقيق
انه ان قلنا بصحة بيع الفضولي صح البيع هنا من غير توقف على اجازة البيع
قال دام ظله في وقت الاشتغال اشكال فيترتب النماء اقول

على تقدير صحة بيع الفضولي فانه اذا اجازه المالك صح البيع وملك المشتري
فنقول اي وقت يحصل الانتقال الى المشتري يحتمل حال البيع ويحتمل وقت الاجازة
ومنشأ الخلاف ان الاجازة هل هي كاشفة او جزء من السبب او شرط فعلى
الاول يتحقق الاول والثاني على الثاني ثم اختلف الفقهاء في كونها كاشفة او
جزءا او شرطا على قولين احتج القائلون بكونها كاشفة بانه لولاه
لزم تأثير المعدوم في الموجود لان العقد حالها عدم ولان الشرط لا بد وان
حال وجود السبب لحال عدمه لامتناع تأثير المعدوم في الامر الوجودي هـ
واجيب بانه يلزم صحة تصرف الغير في ملك غيره بغير اذنه لان
قبل الاجازة صح السبب ومعنى صحة السبب ترتب اثره عليه فيكون فعل غير المالك
كفعل المالك وهو قبيح عقلا واحتج القائلون بالثاني بان الاجازة اما سبب
او شرط في قبول المحل او في فعل الفاعل والمسبب يتقدم على السبب ولا المشروط
على الشرط والمختار هو الاول وان قلنا بصحة بيع الفضولي فمعناه عندي انه
ويتفرع النماء بمعنى انه لو حصل نماء بعد العقد وقبل الاجازة فان قلنا
بالانتقال وقت العقد فهو للمشتري والا فهو للبائع **قال** دام ظله ولو باع مال
ابيه بظن الحيوة وانه فضولي فان ميتا صح البيع وان المبيع ملكه والوجه الصحة
اقول المراد بالصحة هنا اللزوم ووجه الصحة انه تصرف من اهله في محله ويحتمل وقفه
على الاجازة لانه لم يقصد البيع اللازم بل الموقوف على اجازة متجددة من الاب او من
يقوم مقامه فلا اعتبار العقد في اصل البيع ففي احواله اولى ويحتمل البطلان لانه
انما قصد نقل الملك عن الاب لا عنه ولانه وان كان منجزا في الصورة فهو في المعنى
معلق والتقدير ان مات مورثي فقد بعتك ولانه كالعابث عند مباشرة العقد
لاعتقاده ان المبيع لغيره **قال** دام ظله الا ان يكون الثمن باقيا فالاقوى
الرجوع به **اقول** اذا باع الغاصب العين المغصوبة واقبض العين وقبض الثمن فاخذ
المالك المغصوب منه العين فان كان المشتري جاهلا رجع بالثمن اجماعا وان كان
عالما اطلق الاصحاب القول بانه لا يرجع على الغاصب بالثمن واختار المصنف الرجوع
مع بقاء العين لانه لم يحصل عقد ناقل للملك اذ لم يوجد سوى هذا البيع وهو باطل
ولم يوجد سوى ذلك من الاسباب الناقلة فقد وجد عين ماله فهو احق بها
قال دام ظله فان رجع على المشتري الجاهل ففي رجوعه على البائع بالزيادة
على

البائع منه

على الثمن اشكال **اقول** ينشأ من غرور البائع له كما لو قدم طعام المالك الجاهل اليه ومن
حصول التلف في يده والشراء علة الضمان بخلاف الاباحة **قال** دام ظله ولو
باع مالك النصف النصف انصرف الى نصيبه خاصة ويحتمل الاشاعة فيقف في نصف الشريك
نصيب الاخر على الاجازة **اقول** الاول لان الاصل في البيع اللزوم وهذا احكم به عند
الاطلاق وعدم العلم بالموانع وانما يتخلف عنه لعارض معروف ولم يوجد ولانه
لو قال بعتك غانما وهو اسم مشترك بين عبده وعبد غيره حمل على عبده اجماعا
فكذا في المتواطي ووجه الاشاعة ان البيع صالح للملك وملك غيره ولهذا
يقبل العقد بكل منهما ولفظ النصف اذا اطلق يحمل على الاشاعة ولهذا جعل
الشارع صحة التصرف قرينة في الحاجات والمشتركات والاقرار مبني على الاشاعة
قطعا لان الاقرار يشترط فيه عدم ملكية المقر به للمقر ولانه اخبار عن
النصف ملك للمقر له وهو كما يكون عن ملكه ظاهرا فقد يكون عن ملك غيره ظاهرا
قال دام ظله ولو باع اربعين شاة وفيها الزكوة مع عدم الضمان لم يصح في
نصيبه اذ من حصته مجهول على اشكال **اقول** ينشأ من ان الشاة الواجبة في
الاربعين هل هي واحدة لا بعينها ام في الجميع على سبيل الاشاعة يحتمل
الاول لانه مع تلف النصاب الا واحدة مع سبق امكان الاداء والتفريط
للمالك يأخذها الساعي لا بدلا او عدم ضمان الحيوان بالمثل وتخيير المالك في التعيين
فانها الخرج كانت هي الواجب لانه لا اجماعا ولانه مع بيع المالك والتساوي يتخير
الساعي انها اخذ كانت هي الواجب لا بدلا ويحتمل الثاني لتعلق كل جزء منها بواحد
من النصاب ولهذا تقسط على الامراض والصحاح واذا تلف من النصاب بغير تفريط
شيء سقط بالحساب ولان محل الوجوب اما كل واحد او واحد بعينه او
لا بعينه او المجموع والكل باطل الا الاخير اما الاول فلان فيه ظاهرا واما
الثاني فلان الوجوب امر معين لا يحل المبهم ولانه غير موجود خارجا اذ كل
موجود خارجا متشخص فتعين الاخير فاما ان يكون كل واحد محلا لوجوب
جزء منها او لا والثاني باطل والا لم يكن المجموع محلا للوجوب اذ كل واحد ليس محلا
لوجوب الشاة ولا لوجوب جزء منها والمجموع هنا ليس الا عبارة عن شيء مع
شيء فقط فتعين الاول وهو المطلوب فعلى الاول يكون الثمن مجهولا اذ الاجزاء
مختلفة والثمن يقسط على قيمة ما اخذه الساعي وقيمة ما بقي والذي يأخذه او
الواحد لا بعينه قيمته مجهولة لا يتعين الا بعد تعيينه فيكون ثمن حصته مجهولا

جاز البيع وعلى الثاني لا لكونه مجهولاً قال دام ظله وله ان يتولى طرفي العقد مع
الاعلام على رأي اقول قال الشيخ في المبسوط والخلاف لا يجوز ذلك نعم لو وكله
على ذلك صح وذهب ابو الصلاح الى الجواز مطلقا او الكراهية مع عدم الاعلام وذهب
ابن الجنيد الى المنع ولم يعتبر الاعلام وعدمه وقال الشيخ في النهاية جميع من يبيع مال
غيره ستة انفس الاب والجد ووصيهما والحاكم وامينه والوكيل ولا يصح ان يبيع
المال الذي في يده من نفسه الا الاثنين الاب والجد ولا يصح لغيرهما وتبعه ابن ادريس
والحق الجواز في ذلك كله ولا تضاد بين الوصفين لاختلاف الاعتبارين قال دام
ظله ويحتمل التنصيف في الاول فيتخيران اقول اذا باع كل من وكيلي المالك المبيع
على شخص آخر من غير علم من باعه الآخر عليه واتفق العقدان في الزمان فالاقوى بطلان العقدين
لتضادهما واستحالة اجتماع الضدين والترجيح من غير مرجح فلا يقدم احدهما على
الآخر ولاقتضاء كل منهما انتقال الآخر فيقتضي كل منهما زوال سببية الآخر فيبطل
تأثيره ووجه التنصيف انه يستحيل تقديم احدهما في الكل وابطال ثبوت احد
المتنافيين بوجود الآخر يستلزم وجوده فلو بطلا لوجدا وانتفيا وهو محال ولا
يستلزم اجتماع الضدين ووجه الجمع التنصيف كالتداعي قال دام ظله ولو
باعا على شخص ووكيله او على وكيله دفعة فان اتفق الثمن جنسا وقدرا صح والا
فالاقرب البطلان ولو اختلف الخيار فالاقرب مساواته لاختلاف الثمن
اقول هنا مسألتان آ اذا باعاه على شخص ووكيله دفعة فان اتفق الثمن
جنسا وقدرا والخيار صح البيع لاقتضائهما سببا واحدا فلا تضاد في الاثرين ولا
يلزم اجتماع المؤثرين على معلول واحد شخصي لان الاسباب الشرعية من باب العلامات
ولو قلنا بانه هنا سبب مؤثر حقيقة كما قاله جمهور المعتزلة فالمؤثر الكل لكل واحد
ولا للشخصي الواحد وان اختلف الثمن جنسا تضاد التضاد اثرهما فان قلنا بالتنصيف
مع تغاير المشتري فهنا اولى هنا مع اتفاقهما في مصلحة الموكل ولو كان احدهما اصلح
فهو اولى في الجمع وان اختلف الثمنان في العدد احتمل مع ما تقدم ثالث وهو صحته
بالاكثر فانه مع بذل الاكثر لا يجوز بيعه بالاقل ولو نص الموكل على تجويز بيعه
لكل منهما بالاقل مع بذل الاكثر وساوى الاقل القيمة فالاحتمالات كما تقدم
والاصح البطلان عندي ب لو اختلف الخيار فان كان الخيار الازيد مشتركا
بينهما او مختصا بالموكل صح البيع لعدم التضاد وان اختص الازيد بمن شرطه
قال المصنف فالاقوى مساواته لاختلاف الثمن لتضاد الاثرين وتنافي
اللازمين

اللازمين فيبقى في المؤثرين والملزومين ولان الخيار له مدخل في الثمن ويحتمل عدم مساواته
لاختلاف الثمن فيظهر القول بالصحة فيحتمل ثبوت الخيار للازيد لاقتضاء العقد اياه
والعقد الآخر لا ينافيه فان عدم الزائد المقتضي لعدم اشتراطه في عقد صحيح يقتضيه
وكذا عدم الخيار وهو متحقق هنا لثبوت العقد المقتضي للازيد فيقتضي العقد الآخر
عدم اقتضائه للزائد لا نفي الزائد ويحتمل ثبوت الاقل لان له الزام العقد الناقل للملك
عن الموكل لانه المتقدم فقد الزمه والاقوى عندي مساواته لاختلاف الثمن
الفصل الثالث العوضان قال دام ظله والمغايرة للمتعاقدين فلو باعه
نفسه فالاقرب البطلان وان كان الثمن مؤجلا اقول يشترط المعقود عليه اعني المبيع
والثمن مغايرته للمتعاقدين ونذكر منه مسئلتين احديهما ذكرها هنا وهو انه
لا يصح ان يكون المعقود عليه اعني المملوك الذي ينتقل بالبيع من مالك الى مالك آخر احدهما
يجب ان يكون مغايرا للمنتقل عنه واليه اما مغايرته للمنتقل عنه فقطعية اجماعية
فانه لا يعقل انتقال شيء من نفسه الى غيره ولا نزاع فيه العكس وهو انه هل يمكن انتقال
مملوك من غيره الى نفسه كما لو باع العبد على نفسه بحيث يكون هو المبيع وهو المشتري المنتقل
اليه الملك فالاكثر على امتناعه قال المحققون لاستحالة اضافة الشيء الى نفسه بل
لاشتراط الاضافة تغاير المتضايفين ولان المملوك لا يصح ان يملك فشرط صحة التملك
الحرية وشرط صحة البيع صحة تملك المشتري فالحرية متقدمة على صحة البيع بالذات
فيلزم الدور وقال جماعة غير محققين من الفقهاء انما لم يصح لعدم ملك العبد الثمن
وبين انتقال الثمن والمثمن معية ذاتية فالتجأ آخرون منهم الى صحته مع كون الثمن حالا
فانه لا يستحق الا بعد حريته وهي بالعقد فتستغل استحالته واليه اشار المصنف
بقوله وان كان الثمن مؤجلا وابطل رحمه الله هذا القول بان العلة ما تقدم فلا
مدخل للاجل فيه وبان المؤجل يستحق بالحلول المطالبة لكن ملك حال البيع و
تملكه موقوف على ملكه وملكه على حريته فالدور لازم وقال بعضهم يصح
البيع كالكتابة فان الكتابة معاوضة مع العبد عن نفسه فاذا صحت صح البيع وكما
يعتق ثم يؤدي فهو هنا ثابت وهذا وجه الاحتمال واجيب بان الكتابة
تقتضي العتق عند اداء المال لا المعاوضة قال دام ظله والاقرب صحة بيعه
من غير اختبار ولا وصف بناء على الاصل من السلامة فان خرج معيبا فله الارش مع
التصرف والا الارش او الرد اقول المبيع اذا كان المقصود منه المطعوم والمشروب
والمشموم اذا لم يمكن اختباره مؤديا الى افساده هل يصح بيعه من غير اختبار بناء على

ومن أن كل بقعة عينا الحيا يحفونه عالبير للعير به تعلق يثبت لها حجازا
لها قطعا وهو من حقوقها فاما ان لا يثبت في شيء من الجوانب او في الكل او في واحد
اما معين او غير معين والكل باطل الا الثاني اما الاول فظاهر واما الثالث
فلاستلزامه الترجيح من غير مرجح واما الرابع فاما ان يجوز للمالك الحجاز بكل
واحد منها مع انه ليس لاحد منعه وهذا هو معنى حقيقة الحجاز لها فيكون ثابتا
في الكل او في واحد بتخيره لا غير وهو باطل بالاجماع فكل بقعة لها حق الا
ستطراق من جميع جهاتها بالقوة عند فقد الملك وبالفعل عند وجوده وانما
يمنع في غيرها لو احتيج لعين المقادير في الحجاز او السابق او فتح بابه في
جهة وسد الباقي واستعماله واحدها لاعراض عن الباقي لانه باستعمال الجميع في
الحجاز مع قصد التملك له لاحياء الحجاز في الجميع وعدمه مع احياء الارض
وسلوك واحد لاحياء له وتخيره للباقي لا مع اسقاطه كالسد للاعراض عنه
اذ ملك الملك يسقط بالاتلاف اذ لاحياء اخر واحيى بعض الجهات تعارض احيا
الارض وتحجير الحجاز والاحياء مقدم اجماعا فاذا كان الكل لواحد لم يوجد المانع
والاصل عدمه فيتحقق الحجاز من جميع الجوانب فاذا باع الجميع حقوقها دخل الحجاز
من جميع الجوانب ج ان يتصل بملك المشتري ومساواته النظر الى العادة وما
قررناه لا هنا اكد فان الدلالة لها في بعضها حجاز وليس في ملك المشتري قطعا ج
قال دام ظله لو باع بحكم احدهما او بالث من غير تعيين قدر الثمن او وصفه بطل
فيضمن المشتري العين لو قبضها بالمثل او القيمة يوم القبض او اعلى القيم من حين القبض
الى حين التلف على الخلاف اقول الاول قول الشيخ والثاني قول ابن ادريس
وسياتي البحث عنه قال دام ظله والقول قوله لو ادعاه على اشكال اقول
اذا شاهد المشتري المبيع قبل البيع بمدة يحتمل فيها التغير صح البيع لاصل البقاء
فان اختلفا في التغير فاشكال ينشأ من تعارض اصل عدم التغير وعدم استحقاق
الحق والحق الثاني لان حقوق بني ادم الواجبة مبنية على الاحتياط التام
والقطع ولاصالة براءة حق المشتري ايضا قال دام ظله ويجوز بيع الصوف
على الظهر منفردا على راي اقول هذا اختيار المفيد وابن ادريس وقال
الشيخ ان لم يضم اليه غيره بطل وان انضم اليه غيره صح وتبعه ابو الصلاح
وابن البراج وابو القاسم بن سعيد رحمهم الله والاقوى عندي الصحة
لوجود

لوجود المقتضي وانتفاء المانع اذ لا يعتبر الوزن هنا كالثمرة على رؤوس النخل بل ٣
المشاهدة وهي موجودة
قال دام ظله ولو قال بعتك الحنطة التي في البيت وهذا الانموذج منها صح ان ادخل
الانموذج لرؤيته بعض المبيع والا لم يدخل على اشكال ينشأ من كون المبيع غير مرئي
ولا موصوف اذ لا يمكن الرجوع اليه عند الاشكال بان يفقد اقول ذكر المصنف
وجه البطلان ووجه الصحة انه يمكن ضبطه بالوصف لان مشاهدته او مشاهدة بعضه يفيد
العلم اقوى من ذكرها باللفظ قال دام ظله ولو قال بعتك هذه السلعة بما بعته
الاما باوي واحدا بسعر اليوم قال الشيخ بطل مطلقا للجهالة والوجه ذلك
الا ان يعلما سعر اليوم ولو قال الا ما يخص واحدا منه يصح في ثلثه اذ باعها
بجميع الثمن والاقرب عندي البطلان لثبوت الدور المفضي الى الجهالة وان علما بالجبر
والمقابلة او غيرهما صح البيع في اربعة اخماسه بجميع الثمن اقول القول للشيخ
في المبسوط في الموضعين وتبعه ابن البراج ووجه الدور المذكور ان ما يخص الواحد
هو جزء مما استقر عليه البيع بعد الاستثناء يقتضيه قسمة ما استقر عليه البيع على اربعة
هنا فهو ربع ما استقر عليه البيع اذا تقرر ذلك فنقول لا نعرف المبيع وهو ما استقر
عليه البيع الا بعد معرفة قدر المستثنى ولا نعرف قدر المستثنى حتى نعرف المبيع وهو دور
اعني دور معية والناشي لقوله لثبوت الدور المفضي الى الجهالة ولو عرف كل منهما
بالاخر كان دورا محالا او نطوي معرفته بالجبر والمقابلة ان نقول الذي يخص
الواحد شيء فالمبيع السلعة الا شيئا في مقابلة اربعة دراهم اخر السلعة شيء
وزد على مقابلها مقابله وهو درهم فيكون جميع السلعة في مقابلة خمسة دراهم
فالذي يخص الواحد خمسها فتبين المسئلة الاولى والوجه ذلك الا ان يعلما سعر
اليوم اعلم ان الاستثناء مبطل للبيع للجهالة معناه ان علما سعر اليوم
لم يبطل للجهالة فان كان للاستثناء متعرفا صدق الحكم ايضا انه لم يبطل
للجهالة بل بوجه اخر وليس البحث فيه لان الشيخ لم يتعرض له وان لم يتعرض صح البيع
المقصد الثالث في انواع البيع وفيه فصول الاول الحيوان قال
دام ظله والرضاع كالنسب على راي اقول هذا قول الشيخ في النهاية
والخلاف واختيار ابن البراج وابن حمزة والصدوق في باب العتق من كتاب
المقنع والمفيد في المقنعة وسلار وابن ادريس وابن ابي عقيل وابن

الجنيد لنا ما رواه عبد الله بن سنان في الصحيح قال سئل ابو عبد الله عليه
السلم عن امرأة ارضعت غلاما مملوكا لها من لبنها حتى فطمته هل يحل
لها بيعه فقال لا هو ابنها من الرضاعة حرم عليها بيعه واكل ثمنه ثم قال عليه السلم
اليس قد قال رسول الله صلى الله عليه وآله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
ويصح المانع بالاصل قال دام ظله وكل حربي قهر حربيا فباعه صح وان
كان اخاه او زوجته او ممن ينعتق عليه كابنه وبنته وابويه على اشكال ينشأ من
دوام القهر المبطل للعتق لو فرض وكذا دوام القرابة الرافعة للملك والتحقيق صرف
الشراء الى الاستنقاذ وثبوت الملك للمشتري بالتسلط وفي لحوق احكام البيع نظر حينئذ مع
أقول القرابة موجبة للعتق بعد الملك الحاصل ابتداء بالقهر فان ابتداء
الملك لا ينافيه القرابة فانه يصح شراؤه اختيارا لكن القرابة توجب العتق بشرط
الملك بعده فالقرابة علة فاعلية والملك علة معدة لقبول المحل اذا عرفت
ذلك فالقهر موجب للملك والقرابة توجب العتق في آن تعقب آن الملك ثم في
الآن الثالث القهر موجود واستدامته كابتدائه فيوجب الملك فيه ثم يوجب
القرابة العتق في الآن الرابع وهكذا فلا يمكن تحقق البيع هنا لان البيع
لغيره والعتق لذاته ودوام القهر متقدم عليهما بالطبع والاصحاب اطلقوا جواز
البيع ويرد عليهم ما ذكرناه والتحقيق ان علتي الملك وعلة العتق قد تساوتا
وتلازمتا فلا يتحقق صحة البيع هنا والحق ان البيع هنا استنقاذ وابتداء ومعناه
عوض عن بذل شيء عنه في نفس الامر كهدية او ظاهرا او عوض شيء عنه ويتفرع على ذلك
انه هل يلحقه احكام البيع من الخيار والارش وغير ذلك يحتمل ذلك لانه بالنسبة
الى المشتري كالبيع والا لزم ضرره وقال عليه السلم لا ضرر ولا اضرار ومن انتفاء العلة
وهي البيع قال دام ظله ولو استثنى البايع الراس والجلد فالاقرب بطلان
البيع والصحة في المذبوح أقول في هذه المسئلة اقوال ثلثة آ البطلان لانه
كان حيا فقد استثنى جزءا معينا من الحيوان فيبقى المبيع اجزاء معينة فلا يصح وان
كان مذبوحا فلجهالة المبيع ب قول المصنف البطلان ان كان الحيوان حيا
والصحة ان كان مذبوحا ج الصحة وهو قول كثير من الاصحاب ثم كثير
من هؤلاء اطلقوا القول بالصحة كالمفيد وابي الصلاح وابن ادريس وقال
في النهاية والمبسوط يكون البايع شريكا للمشتري بحساب بقدر
قيمة

قيمة ثنياه وليس بمعتمد قال دام ظله ولو قال الربح بيننا والخسران عليك فالاقرب
بطلان الشرط أقول هذا اختيار ابن ادريس وهو الحق لان الشركة تقتضي ان
ما ربح لهما وما توى منهما فلا يصح اشتراط ما يقتضيه فان كان على سبيل الوعد لم يلزم
وقال الشيخ وابن البراج يصح للاصل وليس بجيد قال دام ظله ولا يقوم بنفس
الوطي أقول اذا وطي احد الشريكين الجارية قال الشيخ يقوم عليه بنفس الوطي
لانه تصرف معرض للاتلاف والحق ما اختاره المصنف هنا وهو انها تقوم بالحمل
وهو اختيار ابن ادريس ووجهه ظاهر قال دام ظله ويتخير المشتري اذا تجدد
العيب في الحيوان بعد العقد وقبل القبض في الفسخ والامساك مجانا وبالارش على راي
أقول الاول قول الشيخ في النهاية وقال في الخلاف والمبسوط له اجازة البيع مع
الارش وتبعه ابن ادريس على ذلك والمختار الثاني وهو اختيار ابن البراج وابي
الصلاح لنا ان المبيع لو تلف كله لكان من ضمان البايع فكذا ابعاضه وصفاته
لان المقتضي لثبوت الضمان في المجموع وهو عدم القبض موجود في الابعاض فيثبت
الحكم احتج الشيخ بان الاصل لزوم البيع وعدم التسلط بالارش ولانا اوجبنا
له خيار الفسخ لدفع الضرر اللاحق بايجاب القبول فيبقى الباقي على الاصل والجواب
الزامه باحدهما ضرر لان الحاجة مست الى المعاوضة والا لم وحصل الزامه
بجميع الثمن ضرر عظيم لانه ضعف في مقابلة الجميع بصفاته قبل العيب عن البعض قال
دام ظله ولو تلف عقيب قبضه في الثلاثة فمن البايع ان لم يحدث المشتري فيه حدثا
ولو تجدد فيه عيب من غير جهة المشتري فان كان في الثلاثة تخير كالاول وفي الارش
نظر أقول اذا احدث عيب في الحيوان المبيع بعد قبض المشتري ولم يتصرف فيه
فللمشتري الرد مجانا اجماعا وهل له طلب الارش من البايع قال المصنف فيه نظر ينشأ
من اختلاف الاصحاب قال المفيد ليس له الارش وقيل له الارش وهو الاقوى
عندي لنا انه لو تلف جميعه لكان من ملك البايع فكذا الابعاض اما
الاول فاجماعي واما الثاني فلوجوه آ ان الثمن مقسط على الاجزاء والصفات
التي تعدها عيبا لنصهم على ان الارش جزء من الثمن ب لو لم يكن ضامنا لكل
واحد من الاجزاء لم يكن ضامنا للمجموع وهو ظاهر لان ضمان المجموع انما هو بضمان
الاجزاء ولانه ان لم يكن زائدا على الاجزاء فالمطلوب والا ترجح بلا مرجح ج
جواز الرد من غير دفع المشتري الارش مع عدم ضمان البايع له مما لا يجتمعان

وَالحكم وَلـَّانِيهـا اجماعًا فيبقى الثاني لانه اذا كان من ضمان المشتري لم يكن له الرد اما كما اذا احدث عيبًا او لامع الارش لانه مضمون قطعًا وليس على الغير فهو اما على البائع او على المشتري لكن ليس من ضمان المشتري لما تقرر فهو على البائع ولانه ولانه اما ان يستحق استعادة جميع الثمن فيكون من ضمان البائع لانه معناه او كما يعدا الارش وهذا معنى ضمان المشتري لصحيح المفيد بحدوث العيب في ملك المشتري لما تقرر فهو على البائع ولانه اما ان يستحق استعادة جميع الثمن فيكون من ضمان البائع لانه معناه او اما بعدا الارش وهذا معنى ضمان المشتري وبيع ولانه انما ملك للبائع او المشتري فان كان الاول ولكان مضمونًا على المشتري لانه اولى من ضمان المقبوض بالسوم لان التسلط هنا اقوى والبيع اعظم وان كان الثاني كان مضمونًا على المشتري لانه لا يعقل ضمان ملك الغير مع كونه في يد مالكه لسبب حدث في يد مالكه **قال** دام ظله ولو جمل حال البيع للبائع على رأي **اقول** هذا قول الشيخ في النهاية واختيار المفيد وسلار وابي الصلاح وابن البراج في الكامل وابن ادريس وقال الشيخ في النهاية اذا باع بهيمة او جارية حاملًا واستثنى حملها له جاز وتابعه ابن البراج في المهذب وجواهر الفقه وقال ابن حمزة يكون للبائع الا ان يشترط على مايحصل لدلالات الامكان انفكاكه والاصل **احتج** الشيخ بانه بمنزلة عضو من اعضائها والا لم يمكن دخوله في البيع **والجواب** المنع من المساواة والتفرقة بصحة الوصية له والارث وافراده بالبيع وغير ذلك من الاحكام **قال** دام ظله والعبد لا يملك مطلقًا على رأي **اقول** هذا اختيار ابن ادريس وقال الصدوق يملك وقال الشيخ يملك فاضل الضريبة وارش الجناية وما ملكه المولى لنا انه ملك محض فلا يكون له اهلية الملك كغيره من المملوكات وقوله تعالى ضرب الله مثلًا عبدًا مملوكًا لا يقدر على شيء وقال تعالى ضرب لكم مثلًا من انفسكم هل لكم مما ملكت ايمانكم من شركاء فيما رزقناكم فانتم فيه سواء الاية وهو توبيخ في صورة الاستفهام **احتج** الشيخ بما رواه زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلم قال سألته عن رجل اعتق عبدًا وللعبد مال لمن المال فقال ان كان يعلم ان له مالًا تبعه ماله والا فهو له فاضاف المال له لانه يدل على تمام التملك والعتق لا يوجب ملك اموال السيد التي في يده ولعدم الاستيلاء من ذا الملك الرقبة ذا الدعته والعتق ليس من الاسباب الناقلة للملك عن مالك الى آخر

ولاحوله

[Vertical marginal note, right edge of page 197, reading bottom to top:] الرابع يصح البيع ثم الاطلاق ان كان اذا شرط البائع وهو الضمان ... النقص المعلوم

ولا حواله في قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعًا **والجواب** صدق الاضافة بادنى ملابسة ويلزم ما ذكره عدم علم المولى في الملك وهو محال لان العدم لا يكون مؤثرًا في الشيء ولو سلمنا فالمراد الانتفاع لانه يصح خلق كل واحد للآخر لضرورة الاجتماع وجميع ما في الارض من مخلوقاته تعالى لخلوه من منفعة اصلية مقصودة عقلًا فتتم الغاية **قال** دام ظله ولو قال له العبد اشترني ولك علي كذا لم يلزم على رأي **اقول** هذا قول ابن ادريس وقال الشيخ في النهاية ان كان للمملوك في حال ما قال ذلك مال لزمه والا لم يلزم على حال وتبعه ابن البراج **لنا** انه يلزم من اثباته نفيه لان المجعول له لا يستحق المجعول الا بالفعل فلا يستحق الا بالشراء والشراء يقتضي عدمه لان المولى لا يستحق على عبده شيئًا ولتوقف الجعل على الملك مع انتفائه عنه ولانه اما ان يستحق في ذمة العبد او في ماله الموجود عند الشرط والاول باطل اجماعًا والثاني يملكه بالشرط اللازم بالعقد لرواية محمد بن مسلم الصحيحة عن احدهما عليهما السلم قال سألته عن رجل باع مملوكًا فوجد له مالًا فقال المال للبائع الا ان يكون شرط عليه ان ما كان له من مال او متاع فهو له فلا يصح استحقاقه بسبب جعل العبد وعول الشيخ في ذلك على رواية فضل قال قال غلام سندي لابي عبد الله عليه السلم قلت لمولاي بعني بسبعمائة درهم وانا اعطيك ثلاثمائة درهم فقال له ابو عبد الله عليه السلم ان كان يوم شرطت لك مال فعليك ان تعطيه وان لم يكن يومئذ مال فليس عليك شيء **واقول** **الجواب** عن هذا بعد تسليم صحة السند اما على قولنا فبعدم استلزام صدق الملازمة صدق المقدم ولامكان التعلق بالشرط بثبوت الشرط واما على قول الشيخ فان البائع لم يقصد نقله الى المشتري فكان يعني له ما لو استثناه بخلاف المشتري لاستلزام الشرط ثبوت مال للسيد في ذمة عبده وعدمه في البائع ولان الشرع شرط في ثبوت مال للبائع في ذمة العبد وصحة معاملته معه والشراء مناف فافترقا **قال** دام ظله ولو دفع الى المأذون مالًا ليشتري نسمة ويعتقها ويحج عنه بالباقي فاشترى اباه ودفع اليه الباقي للحج ادعى كل من مولى الاب والمأذون وورثة الدافع كون الثمن ماله فالقول قول مولى المأذون مع اليمين وعدم البينة ويحمل الرواية بالدفع الى مولى الاب على ما كان على انكار البيع فان اقام احدهما بينة حكم له وان اقام من كل من

البلاد بينة فان رجحنا بينة ذي اليد فالحكم كالاول وان قلنا الاقرب ترجيح بينة الدافع
عملا بمقتضى البيع مع احتمال تقدم بينة مولى الاب لادعائه ما ينافي الاصل وهو الفساد
اقول ما اختاره المصنف هنا هو قول ابن ادريس وهو الاصح عندي لانه صاحب اليد
والرواية هي رواية ابن اشيم عن الباقر عليه السلام وقد سئل عن عبد لقوم مأذون
له في التجارة دفع اليه رجل الف درهم فقال له اشتر بها نسمة واعتقها وحج
بالباقي ثم مات صاحب الالف فانطلق العبد فاشترى اباه فاعتقه عن الميت ودفع
اليه الباقي يحج عن الميت فحج عنه فبلغ ذلك موالي ابيه وورثة الميت جميعا فاختصموا
جميعا في الالف فقال موالي الاب انما اشتريت اباك بمالنا وقال الورثة انما اشتريت
اباك بمالنا فقال ابو جعفر عليه السلام اما الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد واما المعتق فهو
رد في الرق لموالي ابيه واي الفريقين بعد اقام بينة انه اشترى اباه من اموالهم كان لهم رقا
وفي سند هذه الرواية قول وافتى الشيخ الطوسي وابن البراج وفي التأويل المذكور في
الكتاب نظر لمنافاته الرواية قال دام ظله ولو اشترى عبدا او جارية من ارض الصلح
قبل ردها على البايع ويستسعى في ثمنها ان مات وارثه فان فقد استسعى والاقرب
تسليمها الى الحاكم من غير سعي اقول الاول قول الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج
والثاني قول ابن ادريس وهو الحق لكون كسب العبد ملكا للبيع واستحالة قضاء دين
الغاصب من مال المغصوب منه احتج الشيخ برواية مسكين السمان عن الصادق
عليه السلام قال سألته عن رجل اشترى جارية سرقت من ارض الصلح قال فليردها على
الذي اشتراها منه ولا يقربها ان قدر عليه قلت جعلت فداك فانه قد مات
ومات عقبه قال فليستسعها قال والذي للمصنف في المختلف مسكين الحضرمي
الان ... قال دام ظله ويكره بعد ان كان عن زنا ومن غير اشكال
اقول نشأ من اطلاق الاصحاب وجوب الاستبراء والعدة في غيره والمقصود
بها علم براءة الرحم من الحمل مع علمه وتحقيقا لنقل التحليل والاولى التحريم في غير
الزنا مطلقا وفيه قبل اربعة اشهر وعشرة ايام للنص والكراهة بعده قال
دام ظله والتفرقة بين الطفل وامه قبل الاستغناء ببلوغ سبع سنين او مدة
الرضاع على خلاف وقيل يحرم اقول القولان للشيخ في النهاية ومن قال
بالاول ابو علي ابن الجنيد ومنعنا المفيد وابن البراج وسلار وقال لا تفرق بين
الاطفال وامهاتهم بالبيع ولم ينص على تحريم ولا كراهة واختار المصنف
في

في المختلف الثاني والحق عندي التحريم لما رواه معاوية بن عمار في الحسن
قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول اتي رسول الله صلى الله عليه وآله
بسبي من اليمن فلما بلغوا الجحفة نفدت نفقاتهم فباعوا جارية من السبي
كانت امها معهم فلما قدموا الى النبي صلى الله عليه وآله سمع بكاءها
فقال ما هذه قالوا يا رسول الله احتجنا الى نفقة فبعنا ابنتها
فبعث رسول الله صلى الله عليه وآله الى ابنتها واتي بها وقال بيعوهما جميعا
او امسكوهما جميعا والامر للوجوب وفي الصحيح عن ابن سنان قال قال
ابو عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الغلام او الجارية وله اخ او
اخت او ام بمصر من الامصار قال لا يخرجه من مصر الى مصر اخر ان كان
صغيرا ولا تشتره وان كانت له ام فطابت نفسها ونفسه فاشتره
ان شئت اقول المنع الاول عام شامل للمنع التحريم والكراهة ولما
علق جواز الشراء بطيبة نفسها ونفسه عرفنا التحريم بدون ذلك لانتفاء المشروط
بانتفاء شرطه احتج القائلون بالكراهة بالاصل وقوله صلى الله عليه
وآله الناس مسلطون على اموالهم قال دام ظله والمرتد وان كان عن فطرة
على اشكال اقول يحتمل عدم الصحة لوجهين آ تحريم ابقائه فلا يصح الانتفاع
به شرعا ب انه في حكم الميت ولهذا تبين زوجته وتعتد عدة الوفاة وتقسم
تركته ويحتمل الصحة لانه مملوك اذ بالارتداد لا يخرج عن الملك فيصح بيعه

الفصل الرابع في الثمار قال دام ظله ولا يجوز قبله مطلقا على رأي
اقول اختلف الناس في جواز بيع ثمرة النخل قبل ظهورها بعد الاجماع على
انه لا يجوز بغير ضميمة ولا سنتين فصاعدا والخلاف في بيعها مع احدهما
فقال المصنف لا يجوز مطلقا وهذا اختيار ابن ادريس وذهب الصدوق في
المقنع الى الجواز مع بيعها سنتين وقال بعض الفقهاء بالجواز مع الضميمة مطلقا
لنا آ ان البيع انتقال عين مملوكة والمعدوم ليس كذلك فلا يتحقق فيها ب قول
الباقر عليه السلام في حديث ليحيى لا تبع وان بعت سنتين او ثلثا فلا باس
بعد ان يكون فيه شيء من الخضرة احتج ابن بابويه بما رواه يعقوب بن شعيب
في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن شراء النخل فقال

كان أبي يكره شراء النخل قبل أن يطلع ثمرة السنة ولكن السنتين والثلث
كان يقول إن لم يحمل هذه السنة حمل في السنة الأخرى قال يعقوب وسألته
عن الرجل يبتاع النخل والفاكهة قبل أن يطلع فيشتري سنتين أو ثلث
سنين أو أربعا فقال لا بأس إنما يكره شراء سنة واحدة قبل أن تطلع مخافة
الآفة حتى تتبين قال دام ظله وهل يشترط أحدها فيما لم يبد صلاحها
قولان أقربهما الجواز بالأول أقول هل يشترط في بيع الثمرة بعد ظهورها
وقبل بدو صلاحها الضميمة أو بيعها عامين أو بشرط القطع أو لا اختلف الأصحاب
فذهب الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف إلى الاشتراط والصدوق
وابن الجنيد وأبو الصلاح وابن حمزة وسلار وذهب الشيخ في التهذيب والاستبصار
إلى عدم الاشتراط وكراهة البيع مع الخلو عن أحدها وبه قال المفيد وسلار في أحد
قوليه وهو الأصح عندي لنا عموم قوله تعالى وأحل الله البيع وقوله إلا
أن تكون تجارة عن تراض منكم ولأنه مبيع وقع من أهله في محله فكان لازما
احتج الشيخ بما رواه عن أبي الربيع الشامي قال قال أبو عبد الله عليه السلام كان
أبو جعفر عليه السلام يقول إذا بيع الحائط من النخل والشجر سنة واحدة فلا يباعن
حتى تبلغ ثمرته وإذا بيع سنتين أو ثلاثا فلا بأس بعد أن يكون فيه شيء من الخضر والجواب
حملها على الأولوية جمعا بين الأدلة قال دام ظله أما الشجر فيجوز بيع ثمرها
مع الظهور وحده انعقاد الحب ولا يشترط الزيادة على رأي أقول الخلاف هنا
في موضعين أ انعقاد الحب هل هو عبارة عن مجرد الظهور أو عن بدو الصلاح
هنا فالشيخ في المبسوط على الأول واختاره ابن إدريس وقال بعض الأصحاب
بالثاني نقله الشيخ في المبسوط ونقل ابن إدريس عن بعض الأصحاب أن بدو الصلاح
فيما له ورد انتثار الورد وفي الكرم انعقاد الحصرم وفي غير ذلك الخلاف
ب اشتراط الزيادة والتخفيف كما مر في النخل قال دام ظله ولا يجوز
قبل الظهور عاما ولا اثنين على رأي أقول قد ذكرنا الخلاف هنا فيما سبق
قال دام ظله ولو اعتاد قوم قطع الثمار قبل انتهاء الصلاح كقطع الحصرم
فالأقرب حمل الإطلاق عليه أقول وجه القرب انصراف خطاب كل قوم إنما
يحمل على العرف الخاص بهم في ذلك البلد ويحتمل عدمه لأنه إنما يشترى
الثمرة للانتفاع التام بها ولا يحصل إلا بانتهاء الصلاح والأقوى عندي
هو

هو الأقرب عند المصنف قال دام ظله والأقرب إلحاق البائع به أقول
وجه القرب أنه ملك المشتري فيضمنه كالجني ويحتمل بطلانه لأن البيع لحصول
النفع قال دام ظله وهل يسري المنع إلى ثمرة الشجر الأقرب ذلك لتطرق الربا
على إشكال أقول ينشأ من وجه القرب المذكور ومن أن مثله يكتل
أو موزون وكلما كان مثله مكيلا أو موزونا كان مكيلا أو موزونا
ومن حيث إن كل ربوي مكيل أو موزون ولا شيء مما يصح بيعه جزافا بمكيل
أو موزون فلا شيء من الربوي يصح بيعه جزافا وهنا يصح بيعه جزافا أي بغير
معرفة قدره فبيع هذا ليس بربوي قال دام ظله والأصح عدم اشتراط كون
الثمن من غير الثمرة أقول هذا قول المفيد والشيخ في الخلاف وقال في المبسوط المحاقلة
بيع السنابل التي انعقد فيها الحب واشتد بحب من ذلك السنبل ويجوز بيعه بحب من جنسه
على ما روي في بعض الأخبار والأحوط أنه لا يجوز بيعه بحب من جنسه على كل حال
لأنه لا يؤمن أن يؤدي إلى الربا والمزابنة بيع التمر على ما روي بتمر منه فأما تمر موضوع
على الأرض فلا بأس به والأحوط لا يجوز ذلك لمثل ما قلناه وهو اختيار ابن
إدريس وقال الشيخ في النهاية بالاشتراط ولابن البراج قولان أحدهما في
المهذب كقوله في المبسوط والآخر في الكامل كقوله في النهاية لنا ما رواه
الشيخ في الصحيح عن أبان عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه
السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزابنة قلت وما هو
قال أن يشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة احتج الشيخ على قوله في
النهاية بالأصل وعموم قوله تعالى وأحل الله البيع وما رواه أبو الصباح الكناني
قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول إن رجلا كان له على رجل خمسة عشر وسقا من تمر
وكان له نخل فقال له خذ ما في نخلي بتمرك فأبى أن يقبل فأتى النبي صلى الله عليه وآله
فقال يا رسول الله إن لفلان علي خمسة عشر وسقا من تمر وكلمته يأخذ ما في
نخلي بتمره فبعث النبي صلى الله عليه وآله فقال يا فلان خذ ما في نخله بتمرك فقال
يا رسول الله لا يفي وأبى أن يفعل قال دام ظله وإنما يجوز بيعها على مالك الدار
أو البستان أو مستأجرهما أو مشتري ثمرة البستان على إشكال أقول وجه
الإشكال النظر إلى السبب وهو المشقة بتطرق الغير في ملكه والعموم
قال دام ظله ولو اشترى لقطة من الخضر أوات فامتزجت بالمتجدد

من غير تمييز فلا قرب مع مماكسة البايع بثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ والارش
اقول قال الشيخ في المبسوط ان سلم البايع الجميع اجبر المشتري على القبول
والا فسخ الحاكم البيع واطلق وتبعه ابن حمزة والمحقق انه ان كان قبل القبض
فلم يبطل لخيار المشتري بين الفسخ والامضاء للتغير بالشركة وتعذر تسليم
المبيع الواجب قال دام ظله والخيار لو دهبه البايع على اشكال اقول
منشأ الاشكال من حيث زوال العيب وبه قال الشيخ وابن حمزة ومن حيث عدم
وجوب قبول الزيادة المنفصلة قال دام ظله الفصل الثالث في التصرف
ولو كان له دنانير فامره ان يحولها الى الدراهم او بالعكس بعد المناجزة على جهة التوكيل
صح وان تفرقا قبل القبض لان النقد من واحد على اشكال اقول هذا قول
الشيخ في النهاية لكن لم يقيد بالتوكيل وتبعه ابن ادريس احتج الشيخ
بما رواه في الصحيح عن اسحق بن عمار قال قلت لابي عبد الله عليه السلم يكون للرجل
عندي دراهم فيلقاني فيقول كيف سعر الوضح اليوم فاقول كذا وكذا فيقول
اليس لي عندك كذا وكذا الف درهم وضحا فاقول نعم فيقول حولها الى دنانير بهذا
السعر واثبتها لي عندك فما ترى في هذا فقال لي اذا كنت قد استقصيت
له السعر يومئذ فلا باس بذلك فقلت اني لم اوازنه ولم اناقده وانما كان كلام
مني ومنه فقال اليس الدراهم من عندك والدنانير من عندك فقلت بلى قال
لا باس والتحقيق ان نقول هل هذا اقتضاء ام بيع فان كان الاول ففي صحته
اشكال من حيث ان القضاء انما هو باداء المال لا بقول مجرد من غير معاوضة
شرعية وان كان الثاني فلا بد فيه من القبض وصحته يتوقف على مقدمات آ
انه ليس من باب بيع دين بدين ب جواز تولي الواحد طرفي العقد ج ان ما
في الذمة مقبوض د ان قبض الوكيل قبض الموكل وكلها لا تخلو عن الشك
والاحتمال لا الحسن والاقوى عندي انه قضى في قضية خاصة فلا يتعدى الى
غيرها قال دام ظله وللمطالبة بالبدل وان تفرقا على اشكال بنا على استلزام
جواز الابدال عدمه لان رده هو رفع تعيين المبيع فيه وهذا يستلزم انتفا
كونه المبيع في الماضي والمستقبل لان المبيع واحد فلا يكون قد قبض المبيع
قبل التفرق فيبطل البيع فلا يكون له الابدال ومن انه فسخ متجدد البيع

صح

صح بالقبض اولا قوله قال دام ظله وفي اشتراط اخذ البدل في مجلس الرد
اشكال اقول ينشأ من ان ارتفاع القبض الاول فلو لم يقبض في المجلس لزم
التفرق قبل القبض فيبطل الصرف ومن حيث ان القبض الاول قد صح
والفسخ متجدد ومن ان القبض الاول اما ان يؤثر في صحة البيع اولا والثاني
يستلزم بطلان البيع من الاصل والاول يستلزم عدم اشتراط قبض البدل
في مجلس الرد والاصح عندي انه يشترط القبض في مجلس الرد قال دام ظله وان
قال بعتك دينارا بدينار صح وكانت الزيادة في يده امانة ويحتمل ان يكون مضمونة
لانه قبضه على انه عوض ماله اقول وجه الاول اصالة عدم الضمان ولانه
لم يقبضها بالبيع ولا بالسوم ولا بسبب مضمون فلا يضمن والاصح عندي الضمان قال
دام ظله لو كان لاحدهما على الاخر ذهب وللاخر على الاول دراهم فتصارفا
بما في ذمتهما جاز من غير تقابض على اشكال منشاؤه اشتماله على بيع دين بدين
اقول ذكر المصنف وجه المنع ووجه الصحة انه لا قبض اعظم مما في الذمة و
الظاهر ان بيع الدين بالدين هو بيع ما في الذمتين والاصح البطلان
قال دام ظله روي جواز ابتياع درهم بدرهم ويشترط صياغة خاتم اقول
هذه رواية الحسين بن سعيد عن محمد بن الفضيل عن ابي الصباح الكناني قال سألت ابا
عبد الله عليه السلم عن الرجل يقول للصائغ صغ لي هذا الخاتم وابدل لك درهما
طازجيا بدرهم غلة قال لا باس قال دام ظله المقصد الرابع في انواع البيع
وفيه فصول الفصل الاول يشتمل على مطالب الاول النقد والنسيئة لو باعه
بثمن الناقص في مقابلة الحلول او قلة الاجل والزائد في مقابلة الاجل او كثرته
على رأيه اقول هذا مذهب الشيخ في المبسوط وابي الصلاح وابن حمزة
وابن ادريس وقال الشيخ في النهاية يكون له اقل الثمنين في ابعد الاجلين
وهو اختيار المفيد وابن الجنيد لنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله
انه نهى عن بيعتين في بيعة ولانه لم يقع على عقد واحد ولا ثمن معين ولانه لو
صح لصح البيع بما يختاره المشتري من مبلغين معينين لكن التالي باطل فالمقدم
مثله والملازمة ظاهرة واحتج المجوزون بما رواه محمد بن قيس عن الباقر
عليه السلم قال قال امير المؤمنين عليه السلم من باع سلعة وقال ان ثمنها كذا
وكذا يدا بيد وكذا وكذا نظرة فخذها باي ثمن شئت واجعل صفقتها واحدة

فليس له الا اقلهما وان كانت نظرة والجواب ان محمد بن قيس مشترك بين اشخاص
منهم من لا يقبل روايته وقد تقرر في الاصول انه اذا اشتبه الراوي بمطعون
لم تقبل الرواية قال دام ظله ولو اجل فباعه بغير الجنس جاز مطلقا ولا اربى
ان الجنس كذلك وقيل يحرم الربا اقول الاول قول ابن ادريس ووالدي
والدي وهو الحق عندي والثاني قول الشيخ الطوسي لنا عموم الاية وما
رواه عبيد بن زرارة قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن رجل باع طعاما
بدرهم الى اجل فلما بلغ الاجل تقاضاه فقال ليس عندي دراهم خذ مني طعاما
قال لا بأس به انما له دراهمه يأخذ بها ما شاء احتج الشيخ بما رواه خالد بن
الحجاج قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن رجل بعته طعاما بتأخير الى اجل مسمى فلما
جاء الاجل اخذته بدراهمي فقال ليس عندي دراهم لكن عندي طعام فاشتره مني
فقال لا تشتره فانه لا خير فيه والجواب المنع من صحة السند ولانه نهاه عن الشراء
مطلقا كما بيناه ولا للنهي للزيادة لانتفى وكذا المساوي وهو لا يقولون به سلمنا
لكن يمنع من دلالته على التحريم سلمنا لكنه مختص بالطعام فلا يعم قال دام ظله
ولو شرط ان لا يبيع ان لم يأت به فيها ففي صحة البيع نظر اقول منشأه من انه علق البيع
على امر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد ومن استلزام امتناع صحة الشيء بطلانه ولان
البيع يقتضي انتقاله الى المشتري ولا يقتضي عوده الى البايع ويفرق بينه وبين الخيار
في الفسخ لامكان انفكاك اللزوم عن الصحة وهو ظاهر ويمتنع انفكاك
الصحة عن نفسها ومن انه في الحقيقة يرجع الى شرط الخيار وذلك لان دفع المشتري
الثمن وعدمه من افعال المشتري الاختيارية فبطلان البيع على تقدير احدهما وصحته
على تقدير الاخر بحسب المشتري في فعل الممضي والفاسخ وهذا معنى شرط الخيار
وانفساخه على تقدير فعل الفاسخ الذي يعتبر في صحة شرط الخيار فلا يكون
سببا لبطلان البيع كما لو قال له الخيار في الفسخ والامضاء فاذا فسخت
انفسخ ولا فرق في الفاسخ بين اللفظ وغيره من افعال صاحب الخيار ولان انتظام
النوع بالاجتماع لمعونة كل للاخر الذي يحتاج وهو انما يتم بالمعاوضة فاقتضت
الحكمة الالهية شرع المعاوضة ليصل الى كل منهما ما يحتاج اليه بالمعاوضة
فاذا لم يحصل لم يصح المعاوضة لجاز اشتراط بطلانها على تقدير عدمه

قال

قال دام ظله فان قلنا به بطل الشرط على اشكال اقول منشأه من انه
كاشتراط الخيار ولان الحكمة في شرع المعاوضة ان يصل كل واحد الى ماله
بمقتضى المعاوضة فاذا لم يحصل ذلك انتفت الغاية من شرع عقد المعاوضة
فلا يصح ومن انه لا يمكن ان يكون الشيء علة في عدم نفسه فلا يصح ان يكون
العقد علة في بطلانه والاصح عندي بطلان العقد والشرط قال دام
ظله الثاني في السلف والاقرب انعقاد البيع بلفظ السلم اقول وجه
القرب انه نوع من البيع اعتبره الشارع في نقل الملك فجاز استعماله في الجنس
مجازا تابعا للقصد ولان السلم صالح لنقله مع التضيق عليه فمع عدمه اولى وفيه
منع ولصحة نقل الماهية من حيث هي مع اعتبارها ببعض افرادها لان التشخص لا
ينافيه ولانه ابعد عن الغرر اذا الماهية تحصل للعلم اكثر بالوصف والحلول
يقتضي معه امكان التسليم والانتفاع بخلاف الاجل فكان اولى بالصحة ويحتمل
عدم الصحة لان الملك انما ينتقل بما وضعه الشارع ناقلا ولم ينص عليه ولم يجعل
الشارع هذا ناقلا في مثل هذه الصورة وبالاول قال الشيخ في النهاية وفي الخلاف لا يصح
الا بذكر الاجل بقي هنا مسألة وهو انه اذا باع عينا موصوفة بصفات السلم في الذمة
حالا ولم يذكرها المصنف هنا لان صحة بيع عين شخصية يقتضي صحة بيع الماهية بالوصف
بل هو اولى لانه اقرب لانه يخالف السلم بالاجل لا غير قال دام ظله وكذا لو
قال بعتك بلا ثمن او على ان لا ثمن عليك فقال قبلت ففي انعقاده هبة نظر
من الالتفات الى المعنى والالتفات الى اللفظ وهل يكون مضمونا على القابض اشكال
منشأه من كون المبيع الفاسد مضمونا ودلالة لفظه على اسقاطه اقول منشأ
النظر النظر الى المعنى واللفظ ومنشأ الاشكال انه ابرأه منه بقوله بلا
عوض ومن انه مقبوض بالبيع الفاسد قال دام ظله والاقرب جوازه في
اللآلي الصغار مع ضبط وزنها ووصفها لكثرته اقول قال الشيخ لا يصح
لعزته والاصح الصحة قال دام ظله وفي الاردى على اشكال منشأه عدم ضبطه
ووجوب قبض الجيد لا يقتضي تعيينه عند العقد الى آخره اقول قال بعضهم يصح
لانه ان اتى بالرديء وجب قبوله لانه اجود من الاردى وان اتى اليه بالاردى
وجب قبوله والاصح انه لا يصح لانه غير منضبط والمبيع يجب ان يكون منضبطا

قال دام ظله وفي شاة ذات ولد او جارية كذلك على رأي اقول المراد منه ان
يكون الولد منفصلا غير حمل وقد اختلف فيه فقال الشيخ في المبسوط بالجواز لعدم
امكان ضبط الولد بالوصف لانها ربما لم تلد كذلك ولان وجوده نادر والا
الوجه الصحة لعدم ندرة وجوده ولامكان ضبطه ووصفه قال دام ظله او
حامل على اشكال منشأه من الجهل بالحمل اقول قال الشيخ وابن الجنيد لا يصح
لانه مجهول لا يمكن ضبطه بالاوصاف ولانه لا يجب على المشتري القبض الا فيما يحقق
انه ما وقع عليه العقد ولا شك ان الحمل لا يعلم انه بعد الوضع فيخرج عن المشترط
وقال المصنف في المختلف بالجواز لان الحمل تابع والصحة تتبع تابعا قال دام
ظله والاقرب جواز اشتراط ما لا يعز وجوده وان كان استقصاء كالسمن والجعودة
اقول لما كان حجاب الحق عن التكليف بالمحال واقتضت حكمته البالغة عدم خرق
العادات غالبا لحرجهما مع ودعي على العبد من تناقض الارادات ابطل السلم فيما
يؤدي الى احدهما قطعا فما يحدد اداؤه الى احدهما يحدد بطلانه فظهر من ذلك
ان ما يعز وجوده لا يصح السلم فيه ونفي ما لا يعز لكن وجوده اولى فيما لا غلبة
لاستقصاء الصفات فالاقرب الصحة لعدم استلزام المحال مع امكانه في
نفسه وجواز ثبوته في الذمة ولوجود المقتضي وهو عقد البيع لعموم قوله تعالى
واحل الله البيع وانتفاء المانع وهو عزة الوجود ويحتمل البطلان تنزيلا للاغلب
على الدائم بالاصل لان السلم لا بد فيه من الترجيح ووجوب التسليم هنا مع حرج لانه
حرج وقال تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وما دام يحصل من البيع ترجيح
وجوب التسليم لم يكن سائغا فلا يصح قال دام ظله فان شرط من نوع الجيد فله
وان كان له بجنبه مع الاطلاق كالتمر سواء على اشكال اقول يحتمل وجوها
ثلاثة آ ما ذكره المصنف لما ذكره ب ان يكون له مستنوع الجنس لعدم دخوله
في الحقيقة ج الرجوع الى العادة في بلد مثل هذا البيع ووجهه ظاهر قال دام
ظله ويذكر في الصوف البلد والنوع واللون والطول او القصر والزمان وفي اشتراط
الذكورة او الانوثة نظر اقول منشأه من تفاوت الاغراض بحلاله وعدمه
واعلم ان كل صفة يختلف الثمن بها ولا يؤدي ذكرها الى عز للسلف كالعزة
والاقلية على رأي سبق وجب ذكره وما عدم احدهما فيها لم يجب ذكره
وهذا

وهذا لا اشكال فيه فكل صفة ظهر للفقيه اجتماع هذين الامرين فيها حكم باشتراط
ذكرها وكلما ظهر له فقد احدهما فيها حكم بعدم اشتراطها وان شك في
احد الامرين استشكل المسئلة وهذا هو الضابط الكلي في هذا المقام قال دام ظله
الصفات ان لم تكن مشهورة عند الناس لعله معرفتها كالادوية والعقاقير
او لغرابة لفظها فلا بد ان يعرفها المتعاقدان وغيرهما وهل يحتاج الاستفاضة
ام يكفي معرفة عدلين الاقرب الثاني اقول وجه القرب ان العقد يعتبر
في صحته علم المتعاقدين وقد حصل والنزاع ينقطع بشهادة اثنين ولهذا
جعلهما الشارع ضابطا كليا في ثبوت الحكم ولان العقود وضعت للدوام
وقطع النزاع وشاهدين لا ينقطع النزاع لجواز موتهما فاعتبرت الاستفاضة
قال دام ظله وفي جواز تقدير المكيل بالوزن وبالعكس نظر اقول
منشأه حصول التقدير واشتهار العرب بكل منهما وان الوزن اصل الكيل ومن
ان كل واحد منهما اصل وتفاوت القدر باحدهما مع تقديره بالاخر قال
دام ظله ولو احاله بالثمن فقبضه البائع من المحال عليه في المجلس فالاقوى عندي
عدم الصحة اقول وجه القوة حصول القبض قبل التفرق وقيل لا لان الحوالة معاوضة
ولا تصح على ثمن السلم قبل قبضه والاقوى الصحة قال دام ظله ولو جعل الثمن في
العقد ما يستحقه في ذمة البائع بطل لانه بيع دين بدين على اشكال اقول منشأه
ان ما في الذمة مقبوض اذ دين والشيخ الطوسي ذهب الى البطلان قال دام ظله
ولو لم يعينه ثم حاسبه بعد العقد من دين له عليه فالوجه الجواز اقول وجهه
الاصل وانتفاء المانع وقيل لا يجوز لاشتماله على بيع دين بدين قال دام ظله
ولو اجل الى النفر الحجيج احتمل البطلان والحمل على الاول وكذا الى ربيع وجمادى
اقول وجه الاول تردد النفرين المقرب لاطلاق اللفظ عليهما بالتواطؤ
ووجه الثاني تحقق الاسم به والنقل للاصحاب عمل ربيع وجمادى على الاول
قال دام ظله فان عقدا في خلال الشهر اعتبرت الشهور بعده بالاهلة ثم
المنكسر يلتئم على رأي ويحتمل اكمال الجميع بتكميله وقيل يعتبر الكل
بالعدد اقول القولان للشيخ الطوسي رحمه الله ووجه الاول ان الشهر
المعتبر في الشرع هو الهلالي الا ان في الشهر المنكسر لا بد من الرجوع

الى العقد لئلا يتاخر الاجل عن العقد مع الاطلاق وتحرج لك فيه وجه الثاني
ان الشهر الثاني لا يعقل دخوله الا بعد انقضاء الاول فالامام المامور ايضا ان
لا يحتسب من احدهما او من الثاني وكلاهما محال او من الاول فلا يعقل دخول
الثاني حتى يتم الاول فيتم بعده من الثاني فيتكرر الثاني وهكذا او المحرم
الاول فانه اذا كان الاجل ثلثة اشهر مثلا بعد مضي شهرين هلاليين وثلاثين
من الاول والاخير يصدق انه قد مضى ثلثة اشهر فيحل الاجل والا كان ازيد
من المشترط ولانه عند مضي الشهر الناقص هلالا لا يصدق انه مضى شهر ونصف وهذا
مما استعمله اهل العرف حقيقة **قال** رحمه الله ولو قال محله في الجمعة او في رمضان
فالاقرب البطلان **اقول** انه جعله ظرفا فكل جزء منه صالح له فلم يتعين الاجل
وقال الشيخ رحمه الله يصح ويحل باول اليوم والشهر وكذا لو قال في سنة كذا
كما لو قال الى ربيع والاقرب عندي البطلان **قال** رحمه الله ولو قال الى
اول الشهر او اخره احتمل البطلان لانه يعبر به عن جميع النصف الاول والنصف
الاخير والصحة فيحمل على الجزء الاول **اقول** اذا قال الى اول الشهر
او اخره يحتمل البطلان لانه عبر عن الغاية بلفظ مشترك ولا قرينة فلم يتعين محل
الحلول لان اللفظ المشترك هنا لا يمكن حمله على المجموع وكل واحد بعينه
لا يفهم من اطلاق اللفظ لاستوائهما ولا قرينة هنا فترجيح احدهما ترجيح
من غير مرجح ويحتمل الصحة لان كلما اجل الى مشترك حمل على الاول كربيع وجمادى
قال رحمه الله والاقرب اشتراط الاجل فيصح السلم في الحال لكن يصرح بالحلول
اقول اشترط الشيخ وابن ادريس وابن ابي عقيل الاجل والاقوى عندي اختيار
المصنف هنا لوجوه **آ** الاجل ضرب من الغرر فاذا جاز معه فمع انتفائه
اولى **ب** الاجل من زوائد العقد لانفكاكه عنه بالموت فلم يكن شرطا
كالخيار والرهن **ج** صحيحا باجماع الفرقة ولم يثبت وجود المانع
عليه ولا يصلح لنقل الملك لما تقدم ولما رواه ابن عباس عن النبي عليه السلام
انه قال فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم واجل معلوم وروي
الى اجل معلوم وهذا الامر انما للوجوب او الارشاد اي البيان ولا خراجه
اياه عن اسمه ومعناه وانما قال لكن يصرح بالحلول اشارة الى انه لو
اطلق

اطلق لفظ السلم ولم يذكر الاجل لم يحمل على الحال وان صح لو صرح لانه مجاز
ولا يحمل اللفظ هنا على المجاز الا مع التصريح فيبطل العقد بدونه **قال**
رحمه الله ولو احتاج تحصيله الى مشقة شديدة كما لو اسلم في وقت الباكورة
في قدر كثير فالاقرب الصحة **اقول** وجه الصحة وجود المقتضي
وانتفاء المانع ويحتمل العدم لانه قد يتعذر **قال** رحمه الله ولو تبين
العجز قبل المحل احتمل تحتم الخيار وتاخيره **اقول** وجه الاول اشتراط
امكان التسليم في المحل امكانا بحسب العادة في صحة العقد فاذا بان انتفاؤه
فسخ ووجه الثاني ان المقتضي العجز عند المحل وهو لم يحصل الا بحصول
المحل **قال** رحمه الله ولا يشترط ذكر موضع التسليم على اشكال **اقول**
يحتمل عدم الاشتراط لنقل الاصحاب على انصراف الاطلاق الى موضع العقد
لانه دين فلا يشترط ذكر موضع التسليم كالقرض ويحتمل الاشتراط
لتفاوت الاغراض باختلافها وهو اعم من موضع العقد لقبوله للقصد
بكل منهما ولانتفاء الدلالات الثلث **قال** رحمه الله ولو كانا
في برية او بلد غربة وقصدهما مفارقته قبل الحلول فالاقرب عندي
وجوب تعيين المكان **اقول** وجه القرب قصدهما غير موضع العقد
ولا ترجيح لغيره مع تفاوت الاغراض بسببه ويحتمل عدمه لما تقدم **قال**
رحمه الله ولو اتفقا على ان يعطيه اردى منه فان تقابضا كان ربويا
لم يجز على اشكال **اقول** منشؤه هل يعم الربا سائر المعاوضات ام لا
والاقوى عندي العموم **قال** رحمه الله ولو اختلفا في اشتراط الاجل فالاقرب
ان القول قول مدعيه ان كان العقد بلفظ السلم على اشكال **اقول**
منشؤه اصالة عدم الاشتراط والنظر الى حقيقة اللفظ وتقديم قول
مدعي الصحة مطلقا او عدمه لانه اشتمل على زائد **قال** رحمه الله
وعلى قولنا بصحة الحال فالاشكال اقوى **اقول** وجه القوة ان الصحة
وصرف اللفظ الى حقيقته تكون اولى واصالة عدم الاشتراط اقوى هنا
لانه كاف في قرينة صرف اللفظ الى المجاز فتقديم قول مدعيه هنا ارجح
فالاشكال اي عدم الترجيح في الطرفين الاخير اقوى **قال**

دام ظله ولو اسلم النصراني الى نصراني في خمر فاسلم احدهما قبل القبض بطل وللمشتري
اخذ دراهمه ويحتمل السقوط والقيمة عند مستحليه أقول وجه الاول
تعذر تسليم ما اسلم فيه ووجه الثاني انه بالاسلام ملك الخمر في ذمته والاسلام
يسقط من ذمة المسلم الخمر ويخرجه عن ملكه ووجه الثالث ان الكافر
يثبت له في ذمة المسلم قيمة الخمر عند الاتلاف فاسلامه اتلاف له حقيقة
قال المصنف وهذا الوجه اعني الثالث انما هو فيما اذا اسلم من عليه
لا من هو له لان وجوب القيمة له تابع لوجوب الاصل ويحتمل مطلقا
كالمهر قال والصحيح الاول وهو اختياره فيما اذا اسلم من هو عليه
اما لو اسلم من هو له سقط قال دام ظله وله البدل مع عدم التعيين
وان تفرقا على اشكال أقول منشاؤه ما تقدم من انه هل هو رفع العقد
من اصله او فسخ للعقد متجدد فعلى الاول يستلزم ثبوت الابدال عدمه
فيتخير وعلى الثاني يصح لعدم استلزامه المحال وعدم وجوب القبض على العوض
قال دام ظله الفصل الثاني في التحريم وتوابعها ويكره قبله ان
كان مكيلا او موزونا على راي أقول ما اختاره هنا مذهب الشيخ
في النهاية والمفيد وذهب في المبسوط الى تحريم بيع الطعام قبل قبضه وتجويز
بيع ما عداه قبل قبضه وقال الشيخ في موضع من الخلاف يجوز بيع ما عدا
الطعام قبل قبضه وفي مواضع اخر اذا كان الثمن معينا جوز بيعه قبل قبضه
ما لم يكن صرفا وذهب ابن ابي عقيل الى بطلان بيع ما يكال او يوزن قبل قبضه
وجواز ما عداه واختاره ابن البراج في المهذب قوله في المبسوط وفي الكامل
قوله كالنهاية ومنع ابن حمزة من بيع الطعام قبل القبض سواء كان مبيعا او
قرضا وغير الطعام جوز بيعه قبل القبض على كل حال الا ان يكون سلفا
فانه منع من بيعه قبل قبضه الا من المسلف اليه وروى الصدوق في حديث
انه لا باس ان يشتري الطعام قبل ان تقبضه وتوكل المشتري بقبضه وروى
في كتاب من لا يحضره الفقيه عن منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قال اذا
اشتريت متاعا فيه كيل او وزن فلا تبعه حتى تقبضه الا ان توليه
وان لم يكن فيه كيل او وزن فبعه يعني انه توكل المشتري
بقبضه

بقبضه وقال ابو الصلاح يصح بيع ما استحق بسلم قبل قبضه ويستوي قبض الثاني
عن الاول واطلق لنا عموم قوله تعالى واحل الله البيع احتج المانع برواية
الحلبي الصحيحة عن الصادق عليه السلام في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل ان
يكتال قال لا يصلح له ذلك وفي الصحيح عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن
ابي عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام ايصلح بيعه قبل ان يقبضه قال
اذا ربح لم يصلح حتى يقبض وان كان تولية فلا باس والجواب الحمل على الكراهة
جمعا بين الادلة قال دام ظله وهل يسقط الخيار بالتلف فيه نظر أقول
منشاؤه ان الرد يتحقق مع بقاء العين ومن قيام القيمة مقامها الفصل الثالث
في الربا وفيه مطلبان الاول في محله قال دام ظله ويكره بيع احد المتجانسين
بالآخر نسيئة وان تساويا نقدا اذا دخلهما احد التقديرين على راي أقول المروي
اذا اختلف الجنس وكانا مكيلين او موزونين فان كان احدهما خاصة من الاثمان صح اجماعا
نقدا ونسيئة وان اتحد الجنس نقدا مع تساوي النقدين واختلافه وهل يجوز نسيئة البحث
فيه في مقامين آ ان يتحد القدر وفيه قولان احدهما لا يجوز للاختلاف حكما
ولهذا يثبت الربا مع اتحاد الجنس فلا يصح لقوله عليه السلام انما الربا في النسيئة
وثانيهما يكره وهو اختيار المصنف وهو الاقرب عندي للاصل ولما روي
شايعا عنه عليه السلام انه قال اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم ب ان يختلف
القدر وفيه قولان قال الشيخ في المبسوط يجوز وهو قول ابن حمزة وقال المفيد وسلار
وابن البراج لا يجوز ونص ابن ابي عقيل على التحريم وكذا ابن الجنيد وقال في المبسوط
بالكراهة وهو قول ابن ادريس وهو الاقوى عند المصنف وعندي لما تقدم لنا
احتج المانع بالحديث المتقدم وبما رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام
انه قال ما كان من طعام مختلف او متاع او شيء من الاشياء متفاضل فلا باس
ببيعه مثلا بمثلين يدا بيد واما نظرة فانه لا يصلح والجواب عن الاول
ان شرط الربا اتحاد الجنس وعن الثاني ان قوله لا يصلح محمول على الكراهة
جمعا بين الادلة ولانه يصلح للتحريم والكراهة والاصل عدم التحريم فتعينت
الكراهة قال دام ظله والحنطة والشعير هنا جنس واحد على راي
أقول هذا مذهب الشيخين وسلار وابي الصلاح وابن البراج وابن حمزة
ورواه الصدوق في من لا يحضره الفقيه وقال ابن الجنيد وابن ابي عقيل انهما نوعان
وهو اختيار ابن ادريس احتج الاولون برواية الحلبي الصحيحة

عن الصادق عليه السلام قال لا يصلح الشعير بالحنطة الا واحدا بواحد احتج
الحرون بعموم قوله عليه السلام اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم والحنطة
والشعير جنسان لاختلافهما صورة وشكلا ولونا وطعما ونطقا وادراكا
والجواب الخاص يقدم على العام مع ان العام ما ريحا او مفاد دية او جهل
التاريخ قال دام ظله والحمام جنس على اشكال اقول منشاؤه من انه يشمله
اسم واحد خاص ومن اختصاص كل باسم والتحقيق ان الورشان وغيره هل هي
اصناف لنوع الحمام او هي انواع وهو حسن ولا ريب ان الوقوف على الخاص والانواع
والفصول متعسر قال دام ظله وان اختلفت البلدان فلكل بلد حكم نفسه على راي
اقول اختيار المصنف هنا هو اختياره في المختلف وهو مذهب الشيخ في المبسوط وابن
البراج وقال الشيخ في النهاية يغلب جانب التحريم ولم يعتبر العرف وقال المفيد رحمه الله
انه يحكم للاغلب فان تساويا غلب جانب التحريم احتج المصنف بان الخطاب الشرعي
يحمل على المعهود في زمن النبي صلى الله عليه وآله ومع فقده يحمل على الحقيقة العرفية
عند كل قوم بحسب اصطلاحهم ولان الاصل عدم التحريم والاقوى عندي انه يغلب
جانب التحريم للاحتياط قال دام ظله ولو كانا يحكم الجنس الواحد واختلفا
في التقدير كالحنطة المقدرة بالكيل والدقيق المقدر بالوزن احتمل تحريم البيع بالكيل
او الوزن للاختلاف قدرا وتسويغه بالوزن اقول الاول قول الشيخ في
باب السلم من المبسوط والثاني قوله ايضا في موضع اخر من المبسوط انه قال فيه
الاحوط ان يباع بعضه ببعض وزنا مثلا بمثل لان الكيل يؤدي الى التفاضل لان
الدقيق اخف وزنا من الحنطة ومتى كان احدهما مطحونا دون الاخر كيلا
فلا يباع احدهما بصاحبه الا وزنا لزوال التفاضل وكذا قال ابن البراج واختار
المصنف في المختلف انه يجوز بيع الحنطة بالدقيق كيلا ولا يجوز وزنا
لانه لا اعتبار بالتفاوت بالميزان في المكيل لرواية ... عن الباقر عليه السلام
في الصحيح قال الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلا بمثل لا بأس به وانما
يتحقق المماثلة بالتساوي في المقدار الذي جعله الشارع معيارا لهما
وهو الكيل وان اختلفا في غير ما جعله معيارا وقول الشيخ ان
الاحوط الوزن لان الدقيق اخف من الحنطة ليس بجيد لانه من هذه
الحيثية كان الاحوط الكيل اذ تساويهما في الوزن ينتفي التفاضل
فيما جعله الشارع معيارا لهما وهو الكيل الذي نهى عنه
وتساويهما

وتساويهما في الكيل ينتفي تماثلهما فيما جعله الشارع معيارا لهما وان
اختلفا فيما سواه وعندي في هذه المسألة تردد قال دام ظله ولو اشتمل
احد العوضين على جنسين كمد ودرهم صح بيعهما باحدهما مع الزيادة كمد ودرهم
بمدين او درهمين فان تلف الدرهم المعين او استحق احتمل البطلان في
الجميع وفي المخالف والتقسيط اقول وجه الاول ان العقد يقتضي التقسيط
على الجميع فيلزم الربا ولان سبب الصحة هو المجموع من حيث هو مجموع فاذا تلف
الدرهم المعين عدم المجموع واذا عدم سبب الصحة عدمت ووجه الثاني انه
لا يلزم صحة البيع ونص الاصحاب على مقابلة المخالفة بالمخالف وانما بطل في
المقابل ووجه الثالث استحالة الترجيح من غير مرجح ولا ربا هنا لانا اذا
فرضنا ان كل مد يساوي درهما لا ريب ان هذا الدرهم نصفه في مقابلة الدراهم ونصفه
في مقابلة الامداد فيقابله تماما الذي يقابل الدراهم نصف درهم لتساويهما والمد
نصفه يقابل الامداد ونصفه يقابل الدراهم لتساويهما فالذي يقابل نصف الدرهم
من الامداد مد ونصف والذي يقابل الدرهم المعين من العوض الاخر نصف درهم
ومد ونصف فيبطل البيع في ذلك والذي يقابل المد من المدين نصف مد وربع
الدراهم درهم ونصف فيصح البيع في ذلك قليلا قال دام ظله والاقرب بيع اللحم
بالحيوان ان تماثلا اختيارا على اشكال اقول ذهب الشيخ في النهاية والخلاف
والمبسوط وابن البراج وابن حمزة وابن الجنيد الى التحريم واختاره المصنف في الخلاف
لرواية غياث بن ابراهيم الموثقة عن الصادق عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام
كره بيع اللحم بالحيوان وذهب ابن ادريس الى الاباحة لوجود المقتضي وهو قوله تعالى
واحل الله البيع وانتفاء المانع اذ ليس هنا الربا اتفاقا وكلما ثبت الربا فيه
فهو مكيل او موزون وليس من الحيوان الحي بموزون قال دام ظله ويثبت
بين المسلم والذمي على راي اقول هذا مذهب الشيخ وابن ادريس وابن
البراج والظاهر من كلام ابن حمزة وقال المصنف والمرتضى وابنا بابويه لا يثبت
احتج الشيخ بعموم النهي عن تحريم الربا ولان اموال اهل الذمة معصومة
وادعى السيد الاجماع على مذهبه واحتج السيد ايضا برواية الصدوق عن
الصادق عليه السلام قال ليس بين المسلم والذمي ربا ويمنع الاجماع والرواية
مجهولة على الخارج عن الذمة قال دام ظله ويجب على من اخذ الربا
رده الى المالك ان عرفه وان فقد تصدق به عنه ان جهله سواء

استعمله مع علمه بالتحريم او جهله على راى اقول ذهب الشيخ في النهاية الى عدم
وجوب الرد مع الجهل واختاره الصدوق في المقنع وقال ابن ادريس يجب
رد المال وهو الصحيح لنا قوله تعالى فان تبتم فلكم رؤس اموالكم
ولانها معاوضة باطلة وقال تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل
واتفق الكل على العموم واحتج الشيخ بقوله تعالى فمن جاءه موعظة
من ربه فانتهى فله ما سلف والجواب المراد سقوط الذنب عنه بالتوبة
شرايطها من الشرايط اذ المال لا يعود اليه وليس المراد سقوط المال

المقصد الخامس في لزوم البيع وفيه فصلان الاول في الخيار وفيه مطلبان
الاول في اقسامه وهو سبعة الاول خيار المجلس قال دام ظله
ولو قال له اختر فسكت فخيارهما باق على راى اقول هذا قول الشيخ في
الخلاف والمبسوط وقيل يسقط لنا العموم وقوله عليه السلم البيعان بالخيار
ما لم يفترقا ولانه خيره فلم يختر فلم يؤثر احتج الاخرون بما روي عن النبي
عليه السلم انه قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا او يقول احدهما لصاحبه اختر
ولانه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فيسقط خياره والجواب المنع من صحة
السند والاقوى عندي عدم السقوط قال دام ظله وخيار العاقد عن
اثنين باق ما لم يشترط سقوطه او يلتزم به عنهما بعد العقد
او يفارق المجلس على قول ويحتمل سقوط الخيار وثبوته دايما ما لم يسقط بشرط
او اسقاط اقول منشأ الاحتمال في ثبوت الخيار وعدمه قوله عليه السلم
البيعان بالخيار ما لم يفترقا ان كان هذا سلبا ثبت الخيار وان كان عدم
ملكة لم يثبت الخيار وعلى تقدير الثبوت وجه الاول عدم تحقق الافتراق
فيناط بغيره من الاسقاط او التصرف ووجه الثاني وهو القول بمفارقة
المجلس انه خيار المجلس فالاصل فيه مفارقة المجلس لكن كونهما مصطحبين حصل
حكمه حكم المجلس والاصطحاب لا يتحقق الا بين اثنين وهذا القول نقله
الشيخ في المبسوط ولم يسم قايله وهو ابن البراج لفظ الشيخ قال
دام ظله ولو مات احدهما احتمل سقوط الخيار لان مفارقة الدنيا اولى
من مفارقة المجلس في الاسقاط وثبوته فينتقل الى الوارث اقول وجه
الثاني انه حق للميت لم يسقطه فكان لورثته ولان مناط السقوط الا
فتراق اختيارا ولهذا لو فرقا كرها لم يسقط ولم يحصل ولان المراد
الافتراق

الافتراق في الابدان وانما يتحقق بالابدان ولم يحصل قال دام ظله وهل
يمتد باستمرار المجلس الذي وقع فيه الخبر نظر اقول منشاه من انه ليس مجلس
البيع فيكون على الفور لان ثبوته لضرورة حفظ حق الغير ومن ان خيار المجلس
منوط بالمجلس ويتعين مجلس البيع فبقي هنا لانتفاء عزمهما قطعا قال دام ظله
ولو حمل احدهما ومنع من التخاير الاختيار لم يسقط خياره على اشكال اقول
منشاه من ان خيار الباقي هل يسقط وسياتي قال دام ظله اما الباقي فان منع
من التخاير او المصاحبة لم يسقط والا فالاقرب سقوطه ويسقط خيار الاول
اقول هذا مبني على بقاء الاكوان وعدمه وافتقار الباقي الى المؤثر وعدمه
وان الافتراق ثبوتي او عدمي فعلى عدم بقاء الاكوان او احتياج الباقي يسقط
لانه فعل المفارقة وعلى القول ببقائها واستغناء الباقي وثبوت الافتراق لا
يسقط خياره لانه لم يفعل شيئا وان قلنا بعدمه فكذلك لان العدم ليس بفعل
وان قلنا انه معلل سقط ايضا لانه علته والاقوى عندي السقوط لانه مختار في
المفارقة قال دام ظله اما لو اتفقا على التفرق واختلفا في الفسخ فالقول
قول منكره مع احتمال الاخر لانه اعرف بنيته اقول وجه الاول عموم
قوله عليه السلم البينة على المدعي واليمين على من انكر قال دام ظله الثاني
خيار الحيوان ويمتد الى ثلثة ايام من حين العقد على راى اقول نقل عن الشيخ
انه قال بثبوته من حين التفرق لانه حال ثبوت العقد ولثبوت خيار المجلس
فيه فلو ثبت خيار الحيوان لاجتمع المثلان وهو محال والاقوى عندي انه من حين
العقد لنا ان العلة الموجبة للخيار العقد فلا يتخلف عنه وهو قبل التفرق والا
لتخلف المعلول عن علته قال دام ظله ويثبت للمشتري خاصة على راى اقول
هذا مذهب الشيخين وابن الجنيد وسلار والصدوق وابن البراج وابن ادريس
وهو الاصح عندي وقال المرتضى بثبوته للبايع والمشتري لنا اصالة لزوم
البيع احتج السيد بما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلم قال
البيعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا
والجواب الحمل على كون الثمن والمثمن حيوانا وفيه نظر لان الاية تدل على عموم
اللزوم في قوله تعالى اوفوا بالعقود وانما خص المشتري هنا بالنص فيبقى الباقي
على العموم والاقوى عندي انه للمشتري وهو القايل في العقد وان كان

الثمن حيوانا قال دام ظله وفي ثبوته في الصرف اشكال اقول ذهب الشيخ
في المبسوط الى عدم دخول الشرط في الصرف وتبعه ابن ادريس لما رواه ابن سنان
في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال المسلمون عند شروطهم الا كل شرط
خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز له احتجا بان موضوع الصرف على انتفاء
التعلق بينهما بعد التفرق بدليل اشتراط القبض والخيار علقه والجواب المنع
قال دام ظله ولو دفع الغابن التفاوت فالخيار على اشكال اقول ينشأ
من انتفاء السبب وهو الغبن بالدفع والغبن هو فوات جزء من قيمة المثل وقد حصل
ومن انه خارج العقد فهو هبة متجددة والخيار ثابت قبل الهبة ولا يلزم ولا يقع عوضا
عن المبيع ولا يدخل في الثمن والاصح عندي عدم انتفاء الخيار بذلك قال دام ظله
فان تلف في الثلثة من البائع على رأي اقول الخلاف في انه اذا تلف بعد الثلثة
فمن البائع واما فيها فخلاف قال الشيخ وابن ادريس وابن البراج التلف من
البائع وقال المفيد وابو الصلاح وسلار التلف من المشتري وقال ابن حمزة انه من
ضمان البائع الا ان يكون عرض التسليم ولم يتسلم المبتاع لنا ان كل مبيع تلف قبل قبضه
فهو من مال بايعه وما رواه عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام في رجل اشترى متاعا
من رجل واوجبه غير انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال آتيك غدا ان شاء الله
فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض
المتاع ويخرجه من بيته فاذا اخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه
ماله قال دام ظله ولو اشترى ما يفسد ليومه فالخيار فيه الى الليل
فان تلف احتمل الخلاف اقول وجه الاحتمال انه تلف في زمن الخيار فكان كالثلثه
ومن حيث عدم النص والاصح العدم قال دام ظله ولو شرط تقديم بعض الثمن وتأجيل
الباقي ففي ثبوت الخيار مع تأخير النقد اشكال اقربه عدم الثبوت اقول وجه
القرب ان الاصل لزوم العقد خرج ما اذا كان الثمن حالا اجماعا فيبقى الباقي على
اصله وما رواه الحسين بن سعيد عن الهيثم بن محمد عن ابان بن عثمان عن اسحق بن عمار
عن عبد صالح عليه السلام قال من اشترى بيعا فمضت ثلثة ايام ولم يجئ فلا بيع له
وعنه عن صفوان عن عبد الرحمن بن الحجاج عن علي بن يقطين انه سأل ابا الحسن
عليه السلام عن الرجل يبيع البيع فلا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن قال الاجل بينهما
ثلثة ايام فان قبض بيعه والا فلا بيع بينهما ووجه المنع انه علق انتفا الخيار
على

على تقبيض جميع الثمن وثبوته يقف على عدمه وذلك انما يكون في موضع يجب فيه تقبيض
الثمن قبل ثلثة ايام فهو اذا كان الثمن حالا لا يحتمل ثبوت الخيار لانه عوض له
الثمن قال دام ظله الا الزوجة غير ذات الولد في الارض على اشكال
اقربه ذلك ان اشترى بخيار لترث من الثمن اقول ينشأ من عدم ارثها منها فلا
تعلق لها فلا ارث من خيارها ومن ان الخيار لا يتوقف على الملك كالاجنبي ثم فرع
المصنف دام ظله انه لو كان الموروث قد اشترى بخيار فالاقرب ارثها من الخيار
لان لها حقا في الثمن ويحتمل عدمه لانها انما ترث من الثمن لا بعد الفسخ ولو علل
بارثها اذا ادى والاصح احتمال المصنف فان الشراء يستلزم منعها من شيء من تركته ان باع
منه لم ترث من التركة وهو الثمن فقد تعلق الخيار بما ترث منه قال دام ظله وهل
للورثة التفريق نظر اقربه المنع وان جوزناه مع تعدد المشتري اقول ينشأ
من ان التفريق يستلزم تبعيض الصفقة ومقتضى الخيار ردها بكمالها او ابقاؤها فان
الحق انما وقع لواحد فليس فيه تفريق حقيقة ولا حكما ومن انه حق لكل
واحد ووجه قرب المنع انه لا ينتقل اليهم الا ما كان لمورثهم والاجازة واحدة
ولا وجه عندي لاحتمال التفريق وفرق بينه وبين تعدد المشتري ان تعدد
المشتري المبيع فيه متبعض بنفس العقد ولم يقع الا على واحد والاصح عندي المنع
لما اختاره المصنف قال دام ظله والمبيع يملك بالعقد على رأي اقول
هذا اختيار اكثر الاصحاب وهو الاصح عندي وقال الشيخ في الخلاف ان كان الخيار
لهما او للبائع فاذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم وان كان الخيار
للمشتري وحده زال الملك عن البائع بنفس العقد لكنه لم ينتقل الى المشتري
حتى ينقضي الخيار فاذا انقضى ملك بالعقد الاول لنا ادلة قوله تعالى الا
ان تكون تجارة عن تراض منكم علق اباحة التصرف بالتجارة عن التراضي اعني
البيع ولان الصحة عبارة عن ترتب الاثر وحاله وقوعه ان يوصف بالصحة ثبت
المطلوب والا فلا خيار ولوجود المقتضي وهو العقد لانه سبب شرعي وهذا
عرفوه بانه تمليك او انتقال الى آخره وانتفاء المانع لعدم منافاة الخيار الملك
كالعيب احتج الشيخ بقصوره عما انتفى فيه الخيار والقصور بسبب عدم افادته
الملك قال دام ظله والاقرب صحة العقود اقول وجه القرب صدورها مع
من اهله في محله ولصحة عقد الفضولي مع اجازة المالك فهنا اولى

ويحتمل عدم الصحة لانتفاء شرطها وهو الملك قبل الفسخ وانتفاء الشرط يوجب
انتفاء المشروط والاقوى عندي صحة العقد لانه ما ولجر امنه فسخ قال
دام ظله ولو عرض على البيع والاذن فيه كالبيع على اشكال اقول نشا
من دلالتهما بالالتزام على الالتزام بالمبيع فيكون من البائع فسخا وعلى الحمل
بهما الرجوع على الوصية ومن انها لا تقتضي ازالة الملك وليست بعقود لازمة
ومن المحتمل صدورهما عن تردده في الفسخ والاجازة فهي اعم ولا دلالة للعام
على الخاص قال دام ظله وكذا العتق على اشكال اقول نشا من
مصادفة الملك ولان العتق مبني على التغليب ومن صيانة حق البائع في العين المعينة
عن الابطال فان قلنا به فاذا فسخ البائع انتقل الى القيمة المسوقة والاقوى عندي
صحة عتق المشتري اذا كان الخيار للبائع قال دام ظله فان جعلت فالاقرب
الانتقال الى القيمة المسوقة مع فسخ البائع اقول وجه القرب الجمع بين الحقوق
المشروعة الاستدراك ويحتمل اخذ العين لتقدم حقه على الاستدراك والاقوى
الاول قال دام ظله وان كان الخيار للبائع العبد لم ينفذ عتق الجارية ولا العبد
الا مع الاجازة على اشكال اقول نشا من تضمنه ابطال حق الغير ولا ينفذ ومن
مصادفته الملك ولان العتق مبني على التغليب واما العتق هل يكون موقوفا ام لا
قال دام ظله ولو اشترك الخيار صح عتق الجارية خاصة لان اعتاق البائع مع تضمنه
الفسخ يكون نافذا على راي اقول اما عدم عتق العبد فلما مر من ابطال حق
الغير واما الجارية فلانه لما ماله او علكه ان يملك فاذا لم يحصل الفسخ
وتمامه يحصل العتق وقيل لا لانه مشروط بالملك المعلول للفسخ فيكون صحة
العتق متاخرة عن الفسخ لم يبين فلو كان علة فيه كان دارا والجواب ما ذكرناه
قال دام ظله لو قبلت الجارية المشتري فالاقرب انه ليس بتصرف اقول
وجه القرب انه لم يصدر عنه فعل ويحتمل ضعيفا ان يكون تصرفا لان الملاذ
نسبة صادرة منهما وان علتها الكون وهو محتاج الى المؤثر ولان سكوته لها
وسكونه حتى تقبله يحصل عنه واختيار له والتحقيق انه ليس بتصرف لعدم
سلبه عرفا ولغة فان التقبيل لم يصدر بل هي قبلته قال دام ظله ليس للمشتري
الوطي في مدة الخيار المشترك او المختص بالبائع على اشكال منشاؤه من
حصول الملك المقتضي للاباحة ومن تعلق حق البائع اقول انا قلنا
لعدم

لعدم منع الاستيلاد من استرجاع العين لا يمنع وان قلنا بمنعه احتمل منعه لادائه
الى منع حق الغير ومن انه غير ملزوم له وهي ملكه والحق عندي ان له الوطي وعلى
قول من يمنع الملك قبل انقضاء الخيار الحق له الوطي وكذا على قول من يوجب العموم
على الشريك بنفس الوطي قال دام ظله وهل يحصل بقبض الثمن في المجلس او بعضه نظر
اقول نشا من انه هل يدخل في بيع الدين بالدين ام لا او نبني على تفسير بيع الدين بالدين
والاقوى انه لا يجب قال دام ظله ولو فسخ المشتري بخياره والعين في يده مضمونة
ولو فسخ البائع فهي في يد المشتري امانة على اشكال اقول نشا من اصالة ضمان مال
الغير ومن بطلان الموجب للضمان والقبض ما دون فيه والحق عندي انه مضمون
لانه مقبوض ببيع قد بطل فيضمن الفصل الثاني في العيب قال دام ظله ولا
العيب على اشكال اقول العيب هو قوة المشتري على ما تقرح علته الهني مع
الثمن لضعف البري عن المعتاد في الطبيعة ومنشا الاشكال الخروج عن المجرى
الطبيعي وحصول النافع المقصود من الثمن قال دام ظله ولو شرط الحبل
فان كانت امة تخير وان كانت دابة احتمل ذلك للامكان ارادة حملها بالحر عنه
جيد وعدمه للزيادة ان قلنا بدخول الحمل كالشيخ اقول يظهر الفرق
بين حمل الدابة وحمل الامة لثبوت الخيار في حمل الامة على القول بعدم دخوله لانه نقص
محض بالنسبة الى المشتري لاشتماله على الخطر وعلى القول بدخوله لانه نقص من وجه
وزيادة من وجه وكلما كان كذلك يثبت فيه الخيار اجماعا واما في الدابة فعلى
تقدير عدم دخوله يخل البائع بتسليم المبيع متبرعا فيتخير المشتري وعلى تقدير دخوله
فهو زيادة محضة لا خطر فيها ويحتمل التخيير لنقص المنافع للحر عن حمل الثقيل
وهو ضعيف لانه ليس بعيب لا لغة ولا عرفا وعندنا يتخير في الموضعين لعدم دخول
الحمل في البيع قال دام ظله وليس للمشتريين صفقة الاختلاف فيطلب احدهما
الارش والاخر الرد بل يتفقان على اشكال اما لو ورثا خيار عيب فلا
اشكال في وجوب التوافق اقول نشا من انه باع ذمة فالتبعيض احداث
لعيب فيمنع من الرد ومن انه لما باع على اثنين فقد سعى هو التبعيض
فلم يات التبعيض الا منه والاقوى عندي جواز الافتراق هنا قال
دام ظله ولو ظهر بعضه ان يقوم في الحال بين يحتمل قيمته حين العقد والقبض
والاقل منهما اقول منشاؤه احتمال كلام الاصحاب كلا منهما وان

الا الاول حال الاستقبال فهو حال الفوت ولان الارش جزء من الثمن والعوض بعوض فوات
معوضه حال العقد ومن ان الثاني حال استقرار الملك فهو حال الفوت ووجه الثالث
انه المتيقن قال دام ظله لو حملت من المحق ووطئها المشتري بكرا فالاقرب ان عليه
عشر قيمتها ويحتمل نصف العشر وعدم الرد وكذا الاشكال في وطي الدبر
أقول وجه الاول عموم النص في وجوب العشر في وطي البكر ووجه الثاني عموم
النص بوجوب نصف العشر في وطي الحامل ووجه الثالث الجناية الرابع وهو
اذهاب البكارة ووجه الاشكال في الدبر عموم النص ومن ان الظاهر
ارادة اذهاب البكارة قال دام ظله ولو كان المبيع غير الامة لحمله عند
المشتري من غير تصرف فالاقرب ان للمشتري الرد بالعيب السابق لان الحمل زيادة
أقول هذا على قول الشيخ من ان الحمل تابع للحامل في الانتقال مع الاطلاق
ظاهر واما عندنا فلا اقوى ذلك لانه كالثمرة المتجددة على الشجرة وكما
اطارت الريح ثوبا للمشتري في الدار المبتاعة والخيار له بعد اختياره فانه لا يوجب
ويحتمل عدمه لحصول خطرها ولنقص منافعها فانها لا تقدر على حمل العظيم والاقوى
عندي عدم الرد في الحمل للامة قال دام ظله لو باع الجاني خطأ ضمن اقل الامرين
على رأي والارش على رأي أقول حكى في المبسوط القولين وقوى الاول وقال في
الخلاف بالثاني وهو اختيار ابن الجنيد وابن البراج والاقوى عندي الاول لنا
انه لا يستحق ازيد من الارش ولا تقصر جنايته وادعى الشيخ في الخلاف اجماع الفرقة
وهو ممنوع قال دام ظله ولو كرر معها مثل اللبن المحلوب حال البيع دون المتجدد
على اشكال أقول ينشأ من عموم النص ومن انه يتجدد على ملكه قال دام ظله
والاقرب ثبوت التصرية في البقرة والناقة أقول هذا اختيار الشيخ في المبسوط
والخلاف وبه قال ابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس اتخاذ طريق المسلك
وادعى الشيخ اجماع الفرقة ومن ان الاصل عدمه لعدم النص والاقرب عندي
عدم الثبوت في غير الشاة قال دام ظله ولو تحفلت الشاة بنفسها فالاقرب
سقوط الخيار أقول وجه القرب عدم التدليس ويحتمل ثبوته لان ضرر
المشتري لا يختلف فصار كما لو وجد بالمبيع عيبا لم يعلمه والاقرب عندي
السقوط قال دام ظله ويتخير المشتري بين الرد والارش لو وجد
العيب

العيب قبل القبض وبعد العقد على رأي أقول ما اختاره المصنف هنا اختيار
الشيخ في النهاية وابن البراج وابي الصلاح لانه نقص الجملة لو تلف قبل القبض فكذا
الابعاض والصفات ولان لها قسطا من الثمن لو كان العيب قبل العقد فكذا
بعده لان المقتضي هو العقد والقبض ولعدم زوال ضمان البائع وقال الشيخ
في الخلاف والمبسوط وابن ادريس لا ارش لانه رضي لاصالة عدم الارش والجواب
منع وجود المقتضي لخلاف الاصل سيما هو الاصل قال دام ظله ولو قبض البعض
وحدث في الباقي عيب فله الارش او رد الجميع دون المعيب على اشكال أقول
ينشأ من وجود العلة فيه ومن التبعيض وهو عيب قال دام ظله ولو رد
المشتري السلعة بعيب فانكر البائع انها سلعته قدم قوله مع اليمين ولو ردها
بخيار فانكر البائع انها سلعته احتمل المساواة وتقديم قول المشتري مع اليمين
أقول اما المسألة الاولى فلاختلافهما في ثبوت خيار واستحقاق المشتري الفسخ
والاصل عدمه فيقدم قول منكره وهو البائع وفي ثبوت عيبه والاصل عدمه
فيقدم قول منكره وهو البائع ايضا وفي صحة القبض وترتب عليه كلام
البائع موافق للاصل فيقدم واما المسألة الثانية فيحتمل ما ذكرناه في تقديم
قول البائع للمسألة الاولى لانه منكر وكل منكر يقدم قوله مع اليمين
لقوله عليه السلام واليمين على من انكر والاقوى تقديم قول المشتري لاتفاقهما
على عدم لزوم البيع واستحقاق الرد بالخيار والاختلاف في موضعين أ
خيانة المشتري فالبائع يدعيها بتعيين السلعة والمشتري ينكرها والاصل
عدمها ب سقوط حق الخيار الثابت للمشتري فالبائع يدعيه والمشتري
ينكره والاصل بقاؤه فكان القول قول المشتري قال دام ظله ولو
كان المبيع حليا من احد النقدين بجنسه وزنا وقدرا فوجد المشتري به عيبا
قديما ويحدث عنده آخر لم يكن له الارش ولا الرد مجانا ولا مع الارش
ولا يجبر على الصبر على المعيب مجانا فالطريق الفسخ والزام المشتري بقيمته
من غير الجنس معيبا بالقديم سليما عن الحديث ويحتمل الفسخ مع رضا البائع
ورد المشتري العين وارشها ولانه لا يحل في مقابلة الثمن والارش للعيب
المضمون كالماخوذ للسوم أقول انه لم يمكن ولا بد فسخ مجانا لان

العيب السابق واللاحق مضمونان وانما لم يلحقه الارش للزوم الربا فان الارش
جزء من الثمن وانما لم يرد مع الارش قيل لان الضمانات كلها كالمعاوضة فيدخلها
الربا وابطله المصنف بان الضمان للعيب المضمون والاصح المنع لان الضمان
ليس بمعاوضة فلا يدخله الربا فعلى الاول لو تراضيا على رد المشتري مع
الارش لا يصح ولما كان مذهب المصنف انها ليست معاوضة صح الرد مع الارش
بالتراضي وانما وقف على رضا البائع لان حدوث العيب في يد المشتري مانع من
الرد قهرا فلو لم يقبل البائع كان الطريق الفسخ وضمان القيمة والحلو من
نظر لانه لا فسخ بعد العيب لانه بمنزلة التصرف وكيف يغرم عينا بقيمتها مع وجودها
لان الانتقال الى القيمة للتعذر والجواب ان الفسخ مع رد العين انما
يكون مع عدم العيب والتصرف واما مع العيب فيكون كالهالكة لمخالفتها
تلك بوجه يعتبر في الرد عادلها فيها انما فرضه حليا لانه لو لم يكن حليا ضمنه بالمثل
معيبا بالقدم سليما عن الجديد لكن الحلي من ذوات القيم والحق عندي
الرد مع الارش مع التراضي والا فضمانها بقيمة السليم عن الباقي المعيب بالاول
قال دام ظله والاقرب عدم ثبوت الاجرة مع مدة القلع او هدمه بقاء الزرع
لانها مستثناة كمن نقل المبايع اقول الاقرب هو الاولى عندي ووجه
احتمال ثبوت الاجرة انه استوفى منافع ملك الغير فعليه عوضه ولانه جمع بين الحقوق
قال دام ظله في دخول البناء اشكال اقربه عدم الدخول اقول
وجهه القرب انه ليس جزءا ولا لازما عقليا لهما ولا يتوقف عليه الانتفاع
والمرجع في هذه وامثالها الى الاصطلاح العرفي بشهادة الفقهاء اهله فان
اختلفوا ولم يترجح عنده قول بعضهم او لم يتضح عنده تعارضا استشكله والاولى
عندي الاقرب عنده والذي قال دام ظله ويدخل فيه العرش الذي
يوضع عليه القضبان على اشكال اقول منشأه توقف الانتفاع عليه
ودخوله عادة كالمفتاح وثياب العبد ومن حيث انه ليس ثابتا ولا جزءا
قال دام ظله ويدخل المجاز والشرب على اشكال اقول الاشكال
في الشرب لا غير من حيث انه ليس بجزء لمفهوم الاسم ولا لازم عقلي لهما
ومن

ومن حيث توقف الانتفاع عليه فهو كالمجاز قال دام ظله ويدخل المجاز
ولو كان بحقوقها دخل الجميع ولو لم يقل فاشكال اقول منشأه وتعلده
من نص الاصحاب على دخول المجاز والاسم المحلى بلام الجنس يفيد
العموم على ما تقرر في الاصول ولتوقف الانتفاع عليه فيدل عليه
بالاقتضاء ومن حيث ان علة دخول المجاز المقرون لتوقف الانتفاع عليه
ودخول كل واحد ينفي سبب دخول الاخر وما في البيت ما في المسبب ولا
يجتمع فاذا لم يدخل الكل وتخصيص واحد معين بالدخول ترجيح بلا
مرجح والاجماع على خلافه فاما ان لا يدخل شيء فيتخير المشتري مع جهله
بالحكم او يدخل واحد لا بعينه فيلزم بطلان البيع لان ابهام المملوك كابهام
المبيع ولعلم انه ذكر هذه المسئلة في موضع اخر من هذا الكتاب وحكم
بدخول الكل على ما اداه اجتهاده اليه وههنا استشكل لما اداه
اجتهاده ثانيا ومن عادة المجتهدين انه اذا تغير اجتهاده لم يبطل
ذكر الحكم الاول بل يذكر ما اداه اجتهاده اليه ثانيا في موضع اخر
لبيان عدم انعقاد اجماع اهل عصر الاجتهاد الاول على خلافه
وعدم انعقاد اجماع اهل العصر الثاني على كل واحد منهما وانه لم يحصل
في الاجتهاد الثاني مبطل الاول بل معارض لدليله مساو له قال
دام ظله وفي دخول الاشجار في بسيطها اشكال اقول بيانه انها
ليس بجزء من مفهوم العرصة ولا يتوقف الانتفاع عليها ومن قضاء العرف
بدخوله وفيه نظر والتحقيق ان وجهه ما ذكرناه بحثه في الشرب
من رجوع الفقهاء الى اهل العرف قال دام ظله لو كان بعض
الطلع مؤبرا وبعضه غير مؤبر احتمل دخول غير المؤبر خاصة وعدم
الدخول مطلقا لعدم التمييز اقول لوجود العلة وهو عدم التأبير
ومن صدق التأبير في النخلة لان المطلق انما هو على التأبير المطلق
وهو اعم من تأبير بعض ثمرة النخلة او كلها فيدخل في قوله عليه السلم
من باع نخلة بعد ان تؤبر فثمرتها للبائع ولان دخول الثمرة

من دلالة المفهوم وهي ضعيفة مخالفة للأصل فيقتصر منها على المتيقن وهو
اذا لم يؤبر شيء منها وبقي الباقي على أصل عدم الدخول وقوله لغير التمييز اشارة
الى دليل رجحان المؤبر لا يدخل لوجود العلة المانعة المنصوص عليها وغير
المؤبر لو دخل لبطل البيع في النخلة والثمرة لأنه مجهول بغير معرفته وليس من ضرورات
المبيع كالأس وليس عليه نص كالآبق وكل مجهول كذلك يبطل البيع بدخوله لأن
جهالة الجزء تستلزم جهالة الكل والتالي باطل فإنه لم يقل به قائل من الأمة فالمقدم
مثله قال دام ظله ولا يدخل الغصن اليابس ولا السعف اليابس على إشكال
أقول منشأه من أنه في الأصل جزء ومن استحقاقه القطع فصار كالثمرة والأقرب
الدخول قال دام ظله وفي ورق التوت نظر أقول منشأه من أنه جزء الثمرة
عدم الدخول قال دام ظله ولو خيف الضرر بالكثرة فالأقرب جواز القطع
وفي دفع الأرش نظر أقول هنا مسألتان آ في جواز القطع مع الضرر الكثير
بالإبقاء قال المصنف الأقرب جوازه ووجهه عدم وجوب تحمل الضرر العظيم
لنفع الغير لما تقرر في علم الكلام أنه يقبح تكليف محض لاشتمال التكليف على
لطف الغير خاصة لا للمكلف به ويحتمل عدم الجواز لأنه أدخل الضرر على
نفسه بشراء الأصل وإبقاء الثمرة للغير فقد رضي بإبقائها ولأنه لو جاز قطعها
لكان إتلافا على البائع فلا يكون إبقاء له فيمتنع التنقيص ولاستلزامه على
نفي غاية حكم الشارع بإبقائها للبائع فيبطل الحكم لانتفاء غايته ويضعف
باشتراط التكليف بعدم ضرر الغير ب على تقدير جواز القطع هل يلزم
القاطع الأرش أم لا فيه نظر منشأه أنه جمع بين الحقين ورعاية للمصلحتين
فيجب الأرش ومن أنه قطع سائغ ولا نص على وجوب الأرش والأصل البراءة
قال دام ظله ولو كان للزرع أصل ثابت يجز مرة بعد أخرى فعليه تفريغ
الأرض منه بعد الجزة الأولى على إشكال أقربه الصبر حتى يستقلع أقول
منشأه من اقتضاء العقد وجوب التفريغ والاحتياط بقلعه ووجه القرب أنه حين صنعه
موضوع على التأخير شرعا الى حين استقلاعه فصار مستحقا بالأصل قال
دام ظله والأقرب عدم دخول المعادن في البيع أقول وجه القرب أنه
لا يتناوله اسم المبيع مطابقة ولا تضمنا ولا التزاما ولأنه بخروجه عن الطبيعة
الأرضية ... وكونه ليس جزءا من الدار لم يدخل في اللفظ
الموضوع

الموضوع لخصوصية أجزائها ويحتمل الدخول كالحجارة المخلوقة قال
دام ظله وهل يدخل الباب التي عليه أقربه دخول ما تقتضي العرف بدخوله معه
أقول وجه القرب اقتضاء العرف ويحتمل عدم الدخول لأنها منفصلة عن
المبيع لم يتناولها اللفظ بإحدى الدلالات قال دام ظله الفصل الثاني
في التسليم وهو التخلية مطلقا على رأي وفيما لا ينقل ولا يحول كالأراضي والأبنية
والأشجار والنقل في المنقول والكيل والوزن فيما يكال أو يوزن على رأي
أقول الأول اختيار بعض متقدمي أصحابنا والثاني اختيار بعض متقدمي أصحابنا
أيضا والمصنف في المختلف وقال الشيخ في المبسوط القبض فيما لا ينقل ويحول هو التخلية
وفيما يتناول باليد كالدراهم والدنانير هو التناول وفي غيره مما ينقل ويحول
التحويل وفيما يكال أو يوزن الكيل أو الوزن وتبعه ابن البراج وابن حمزة
احتج الأولون بأنه لولا ذلك لزم الاشتراك أو المجاز وهما على خلاف الأصل
واحتج المصنف في المختلف بقضاء العرف بذلك والخطابات الشرعية تحمل على
الحقيقة العرفية مع عدم الشرعية وبما رواه معاوية بن وهب في الصحيح قال سألت أبا
عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المبيع قبل أن يقبضه فقال ما لم يكن كيلا أو وزنا فلا
تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن توليه الذي قام عليه جعل أبو عبد الله عليه
السلام الكيل أو الوزن هو القبض للإجماع على تسويغ بيع الطعام بعد قبضه وبما
رواه عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام في رجل اشترى متاعا ولم يقبضه فقال
آتيك غدا إن شاء الله فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع
الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع
٢ ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه فعلق زوال الضمان بالنقل هو القبض والأقرب
عندي اختيار المصنف وهو التفصيل قال دام ظله التسلط على القبض
مطلقا على رأي المفيد والأقوى الكراهة أقول هنا قول المصنف رحمه
الله والشيخ في النهاية ومنع في المبسوط من بيع الطعام قبل القبض وجوز في غير
الطعام ومنع ابن أبي عقيل من بيع ما يكال أو يوزن قبل قبضه واختاره ابن البراج
في المهذب قول الشيخ في المبسوط وفي الكامل قوله في النهاية وقال سلار يجوز بيع
الدين قبل قبضه فيباع الذهب بالفضة منه بالعروض وابن حمزة منع من بيع الطعام

قبل القبض مطلقاً الا ان يكون سلفاً فانه منع من بيعه قبل قبضه الا من المسلف
اليه لنا الاصل وعموم الآية احتج المانعون بما رواه معوية بن وهب
في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن الرجل يبيع المبيع قبل ان يقبضه
فقال ما لم يكن كيلاً او وزن فلا تبعه حتى يكيله او يزنه الا ان توليه الذي
قام عليه والجواب الحمل على الكراهة قال دام ظله ولو احال من له
طعام من سلم بقبضه على من له مثله من سلم فالاقوى الكراهة اقول هذا
يبتني على ان الاحالة هل هي معاوضة او استيفاء فان قلنا بالاول فهل المعاوضة
على مال السلم قبل قبضه حرام او مكروه وقد تقدم قال دام ظله اما لو
قال اشتر بهذا طعاماً واقبضه لي ثم اقبضه لنفسك صح الشراء وفي القبض قولان
اقول قال الشيخ في المبسوط لا يجوز قبضه لانه لا يجوز ان يكون وكيلاً لغيره
في قبض حق نفسه من نفسه وتبعه ابن البراج وقيل يجوز قال دام ظله ولو
باع ما ورثه صح الا ان يكون الميت قد اشتراه ولم يقبضه بخلاف اقول يعني الخلاف
ما مر قال دام ظله وكذا الاشكال في الاصداق وشبهه اقول اذا
اصدقها ما اشتراه قبل قبضه فباعته احتمل الوجهين من حيث انه بيع لم يقبض
وقد جرى عليه بيع ثان ومن حيث انها لم تبع ما اشترته وبالاصداق ملكته
ملكاً تاماً وما ملك بالاصداق لا يشترط في بيعه القبض قال دام ظله
واتلاف الاجنبي لا يوجب الانفساخ على الاقوى اقول وجه القوة التمسك
بمقتضى العقد وتعلق الضمان بالجاني لمالكه وهو المشتري ويحتمل الفسخ لاطلاق
النص قال دام ظله واتلاف البايع كاتلاف الاجنبي على الاقوى اقول
التوجيه كما تقدم ويحتمل هنا الفسخ على تقدير عدمه هناك لمساواته مباشرة
الاتلاف الاملاك حتى تلف وعدم المساواة ممنوع وخصوصها لا يقيد
قال دام ظله ولو تعيب بجناية اجنبي فللمشتري الفسخ ومطالبة الجاني بالارش
والاقوى ان جنايته البايع كذلك اقول وجه القوة انه جنى على ملك غيره
فيضمنه بالارش وقال الشيخ ليس له الارش بل له الرد او الامساك مجاناً لانه
عيب حدث قبل القبض بعد البيع وقد تقدم البحث فيه قال دام ظله ولو
كان بآفة سماوية فللمشتري الخيار بين الرد والارش على اشكال اقول
الاشكال قد تقدم في حدوث العيب قبل القبض قال دام
ظله

ظله ولو لم يكن له قسط من الثمن كقطع يد العبد فللمشتري الرد وفي الارش نظر اقول
وجه النظر الخلاف بين الاصحاب في ضمان الارش لو حدث في المبيع عيب قبل القبض
لعدم وهنا الارش اظهر لان المبيع هو مجموع بدن العبد وهو يقتضي نقص عينه
خلاف لنقصان الصفة قال دام ظله ولو اسلفه طعاماً بالعراق لم يجب الدفع
في غيره فان طالبه بالقيمة لم يجب على راي لانه بيع الطعام قبل قبضه اقول هذا
قول الشيخ الطوسي في المبسوط وقيل يجوز وهو اختياره في الخلاف وقد تقدم البحث
فيه قال دام ظله وفي لزوم البايع الاجرة عن مدة الغصب نظر اقول منشؤه انه
ضامن للعين بمجرد اليد وكذا المنافع ولانه نقص دخل على المبيع قبل قبضه فكان مضموناً
على البايع كارش العيب على الاقوى والاصل عدم الضمان ولانه مع عدم الغصب
لم يكن مضمونه على البايع والغصب من فعل غيره ولو طالبه المشتري بالتسليم فمنع
سواء غصبها غاصب ام لا ومنع لزوم ضمان المنافع لضمان العين كالعارية المضمونة
ويمكن الفرق بافرادها بالاباحة بغير عوض لكنه كلام على المستند قال دام
ظله الفصل الثالث في الشروط والاقوى بطلان البيع بها اقول البحث
في هذه المسألة يأتي قال دام ظله لو شرط اجلاً يحتمل عدمهما قبله كما لو شرط
ملحقاً بالثمن او الثمن او الانتفاع بالمبيع كذلك فالاقرب الصحة على اشكال اقول
منشأه من عدم الاحتياج المنافي للمقصود من صحة البيع ومن اطلاق الاصحاب جواز
الاجل المضبوط فالمنشأ تعارض الوجهين والاقوى عندي البطلان قال
دام ظله والاقرب وجوب تعيين الرهن المشروط اما بالوصف او المشاهدة و
الكفيل اما بالاسم والنسب او المشاهدة او الوصف كرجل موسر ثقة اقول وجه القرب
انه كلما صح اشتراط رهنه صح رهنه بالضرورة وبالعكس فقولنا كلما لا يصح رهنه لا يصح
اشتراط رهنه والمجهول لا يصح رهنه وكذا القول في الكفيل ولنهيه عليه السلم
عن الغرر وهذا غرر ويحتمل الصحة ويتخير الراهن في تعيينه للاصل ويحتمل الطرف
الاطلاق الى الكفيل وهو تقويمات بالمال لانه العرض والاقوى عندي عدم صحة
المجهول قال دام ظله فلو عينهم فالاقرب تعيينهم اقول وجه القرب العمل
بمقتضى الشرط السائغ وتعلق الغرض بالتعيين غالباً ويحتمل عدمه لان المقصود
في الاستيثاق اثبات الحق عند الجحود ومناطه العدالة لا الشخص المعين قال
دام ظله وهل يشترط معاينة الرهن للمشتري نظر اقول ذهب الشيخ

في المبسوط الى الاشتراط وتبعه ابن ادريس ووجهه انه لولاه لما دار لان لزوم
تصرفات المشتري محلولة للزوم البيع فلو كانت علة فيه دار ولانه قبل تمام
البيع لم يملك فكانه قد اشترط رهن ما سيملكه ويحتمل عدمه لان الرهن
مشروط بمطلق الملك وهو هنا حاصل له بمجرد وقوعه فلزم ولا استبعاد
في كون المعلول علة لصفة علته ولانه ليس بيعا بشرط بل هو بيع وشرط له
قال دام ظله ولو باعه العبد بشرط العتق مطلقا او عن المشتري صح و
الاقرب انه حق للبايع لا لله فله المطالبة به اقول وجه القرب انه شرط
باشتراطه وتعلق غرضه به ربما يحصل له الثواب بسببه ويحتمل ان يكون لله
لانه كالملتزم بالنذر في حقيهما ولهذا لا يسقط بالاسقاط فلو اهمل طالبه الحاكم
ولانه عدم جميع الاملاك والحقوق فلا يكون حقا لغير الله ولانه لا يحصل به ملك
ولا حق ولا يدل به عنه واجب فلا يتعلق له به قال دام ظله وله الفسخ فيطالب
بالقيمة وفي اعتبارها اشكال اقول هذا متفرع على ان العتق حق للبايع ووجه
انه لم يحصل له ما شرط فكان له الفسخ فاذا فسخ وقد تلف العين او نحوه فله
القيمة وفي اعتبارها احتمالات ثلثه آ وقت قبضه لانه وقت دخوله في ضمان المشتري
ب وقت التلف لانه قبله انما كان يجب رد العين وانما وجبت القيمة بعد التلف
ج اعلى القيم لانه وقت الزيادة ثبت له انه ان فسخ رد العين وقيمتها ويضمن بان
لا تلف [illegible] كالغاصب قال دام ظله وفي التنكيل اشكال اقول منشاه
حصول المشروط ومن انصراف الاطلاق الى الشرع المباح ولانه لو لم يجز عن العتق
المطلق المشروط صح اشتراطه بالتعيين بطريق الاولوية والملزوم ثابت لكنه لم يصح
اشتراطه بالتنكيل لم يجز عن العتق المطلق المشروط وهذا لا يصح اشتراطه بالتعيين
والحرى من العتق المطلق المشروط وهو المطلوب ولانه لو ذكره صريحا لم يصح
الشرط فاذا لم يذكره اولى ان لا يدخل في الشرط والاقوى عدم الاجزاء فيتحقق
للبايع الفسخ والرجوع بالقيمة قال دام ظله ولو كان مختلف الاجزاء فتفضي
تخير المشتري بين الفسخ والامضاء بقدر حصته من الثمن على راي اقول هذا
مذهب الاكثر وقال الشيخ رحمه الله في المبسوط تخير بين الفسخ والامضاء بجميع
الثمن وتبعه ابن البراج احتج الاولون بان نقصان العدد ليس اقل من
نقصان الصفة التي تعد فقدها عيبا احتج الشيخ بانه حصل الثمن كله

مقابل

مقابل هذه العين الموجودة وكون كذا بقدرها او لا بقدرها من صفاتها وليس ذلك
عيبا لانه ليس خروج عن المجرى الطبيعي بل هو صفة كمال فاذا فقدت كان له الفسخ او
الامضاء بالجميع كما لو اشترى عبدا على انه كاتب فخرج غير كاتب وسائر التدليسات
وهو الاصح عندي لان كون العين المعينة الشخصية بعددها ولا معين صفة كمال
لها الحاما بعددها الشمنه وهنا لعرض قائم بها وليس بجزء قال دام ظله ولو كان
للبايع ارض بجنب تلك الارض لم يكن للمشتري الاخذ منها على راي اقول هذا مذهب
الاكثر واختاره ابن ادريس وقال الشيخ في النهاية له الاخذ بقدر الناقص لما
رواه عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلم في رجل باع ارضا على ان فيها عشرة اجربة
فاشترى المشتري منه بحدوده فنقد الثمن ووقع صفقة البيع وافترقا فلما مسح
الارض فاذا هي خمسة اجربة قال ان شاء استرجع ماله واخذ الارض وان شاء رد
المبيع واخذ ماله كله الا ان يكون الى جنب تلك الارض له ايضا ارضون فليوفه
ويكون البيع لازما له وعليه الوفا بتمام البيع فان لم يكن له في ذلك المكان غير الذي
باع فان شاء المشتري اخذ الارض واسترجع فضل ماله وان شاء اخذ الارض
ورد ما له كله قال المصنف وفي طريق هذه الرواية من لا اعرف حاله قال
دام ظله ولو زاد احتمل البطلان والصحة فالزائد للبايع اقول قال الشيخ
في المبسوط لو باعه على انها عشرة اجربة فظهرت احد عشر جريبا فيه وجهان احدهما يكون
للبايع الخيار بين الفسخ وبين الاجازة بجميع الثمن وهو الاظهر والثاني ان البيع باطل
لانه لا يجبر على ذلك وقال ان اراد ذلك للمشتري الخيار بين الرد واسترجاع الثمن
امساك المبيع ويكون شريكا للبايع ثم قال ولي في هذه المسئلة نظر وتامل وقال
ابن البراج يكون للبايع الخيار بين امضاء البيع بجميع الثمن وبين الفسخ ووجه البطلان
ان المبيع مجموع العين بشرط كونها عشرة وهما متضادان فكانه شرط شرطا
فاسدا ووجه الصحة ان فيه شركة للبايع وهي عيب فلا يبطل قال دام ظله
والاقرب ان للبايع الخيار في طرف الزيادة بين الفسخ والامضاء في الجميع في متساوي
الاجزاء ومختلفها وللمشتري الخيار في طرف النقصان فيهما بين الفسخ والامضاء
بالجميع اقول هنا مسائل آ الزيادة ذهب الشيخ رحمه الله الى ان الزيادة
في المختلف الاجزاء للبايع وفي المتفق للمشتري ووجه احتياط المصنف ان البيع هو
جميع هذه العين المشخصة سواء كانت مختلفة او متفقة فاذا صح البيع كان
كان الجميع للمشتري وذكرها بقدرها مقدار انه من مرات الشرط

صفة كمال مانع للبايع على عدمها فكان له الفسخ وعلى القول بكون الزيادة للبايع
لم يكن له خيار لانه رضي بكون الثمن مقابل الجميع فاذا كان مقابلاً للبعض كان اولى
وزيادة في الملك والتضرر بالشركة تقرن بفعله وقيل له الخيار للتضرر بالشركة
والاقوى ان للبايع الخيار في الفسخ والامضاء بجميع الثمن وليس له شي في المبيع
ب النقصان فنقول قال ذهب الشيخ في المبسوط الى انه يتخير المشتري بين اخذ
الناقص بجميع الثمن وبين الفسخ في المختلف ويتخير في المتفق بين الاخذ بحصته من
الثمن وبين الفسخ والفرق بينهما ان المتفقات من المختلف مالا قسط له من الثمن لاستحالة
تقسيط الثمن في المختلف على الاجزاء والا القيم هنا لعدمه وعدم مماثلته فاستحالة تقويمه
فاستحالة ثبوت قسط لها منه فعواتها لفوات صفة كمال لا تعد فواتها عيبا فهو
بمنزلة المتفقين والمتماثل يقسط الثمن على اجزائه والحق رجوعه في المسائل الى ان
المعقود موصوف والمبيع العين فاذا اشترط صنفا من الوصف ولم يحصل تخير من فاته
صفة الكمال قال دام ظله كل شرط يقتضي تجهيل احد العوضين فان البيع يبطل فيه
وما لا يقتضيه لكنه فاسد فان الاقوى بطلان البيع اقول قال الشيخ يبطل
الشرط دون البيع لانه بيع وشرط اذ لو كان البيع معلقا على الشرط كان باطلا وقيل
يبطل البيع لانعدام المشروط بعدم شرطه لعدم استلزام الشرط المشروط في
الوجود فلو لم يستلزم عدمه عدمه لكان كون كل شي شرطا لغيره وهو محال
والتحقيق ان هذه الشروط شروط بالمجاز لانها تابعة للعقد والعقد سبب فيها
فلا يعقل كونها شرطا له والاولى انها من صفات للبيع تختلف الاعراض باختلافها
ولا تعد فقدها عيبا ثم قال الشيخ وابن الجنيد وابن البراج بطلانها لا يستلزم
بطلان البيع ولا يوجب فقدها ارشا وقال شيخنا دام ظله ان الراضي انما وقع
على هذا الوجه فلا يلزم غيره قال دام ظله وقيمته لو تلف يوم تلفه ويحتمل اعلى القيم
اقول وجه الاول ان تقدير القيمة وقت وجوبها وهو يوم التلف اذ قبله تجب العين
ووجه الثاني ضمانه بالقبض فاشبه الغصب قال دام ظله ولو زاد في يد المشتري
المزيل لم تقوم في بيع الحمل كان احتمل رجوع المالك عليه بتلك الزيادة لانها زيادة
في عين مضمونة وعدمه لدخوله على انتفاء العوض في مقابلة الزيادة اقول
هذا عبارة الشيخ وانه حكم بالاول اجيب بانها مقبوضة بقبض العين
اذ هو قبض العين على انها لكها وما لك منافعها وهو مستحقة للضمان
قال

قال دام ظله ولبسط العوض على قيمة المبيع واجارة المثل ومهر المثل من غير
حصر على اشكال اقول نشا من اطلاق كلام الاصحاب وكونه قيمة البضع ومن
عدم استحقاق الزائد على السنة وانما تقسط على ما يستحق الفصل الرابع
الاختلاف قال دام ظله ولو اختلفا في تقدير ما عيناه او وصفه بعد اتفاقهما
على ذكره في العقد ولا بينة فالقول قول البايع مع يمينه ان كانت السلعة قائمة
وقيل ان كانت في يده وقول المشتري مع يمينه ان كانت تالفة وقيل ان كانت في يده
ويحتمل تقديم قول المشتري لانه منكر ويحتمل التحالف وبطلان البيع فيحتمل
استحباب تقديم البايع في الاحلاف لعود الملك اليه فحالفه اولى والمشتري
لانه منكر للزيادة والتساوي لان كلا منهما مدع ومدعى عليه فان البايع
يدعي الزيادة وينكر ملك المبيع بدونها والمشتري بالعكس فيقرع ويحتمل ان
يحلف كل منهما يمينا واحدة تجمع بين النفي والاثبات الى قوله او يمينا واحدة
على النفي فان نكل احدهما الى اخر المسئلة اقول الاول قول الشيخ في النهاية
والمبسوط والخلاف وابن البراج والثاني قول ابن الجنيد للمشتري الخيار في امضاء
البيع وقال ابو الصلاح يلزم كلا منهما ما اقر به وحلف على ما انكره وفسخ البيع اولى
والصحيح عندي هو التحالف لان كلا منهما مدع ومنكر لصحيح الشيخ
عمار وانه عن رجل عن الصادق عليه السلم في الرجل يبيع الشي فيقول المشتري
هو بكذا وكذا باقل مما قال البايع قال القول قول البايع اذا كان الشي قائما
بعينه واعلم ان ابن ادريس اجاب او لا قول لما ذكره الشيخ ثم نقل عن ابن الجنيد
وابي الصلاح لعدم قول من السلعة في يده ووجه احتمال ان يحلف كل منهما اليمين
الجامعة من حيث ان اليمين محذورة وقد نهى عن تكرارها لقوله تعالى ولا تجعلوا
الله عرضة لايمانكم وتخص الجمع ومن حيث ان اليمين انما هي حجة نكول المنكر ولان
اليمين المثبتة للدعوى قاطعة وهذه ليست قاطعة قال دام ظله ولو كان
المبيع تالفا وجبت القيمة عند التحالف يوم التلف ويحتمل يوم القبض اقول وجه
الاول انه وقت وجوبها ووجه الثاني انه وقت دخول المبيع في ضمانه قال دام
ظله ولو زالت الموانع بان عاد الابق او فك الرهن او بطلت الكتابة بعد دفع
القيمة فالاقرب عود ملك البايع الى العين فيسترد المشتري القيمة
اقول وجه القرب ان القيمة انما اخذت للحيلولة لا معاوضة لاشتراطها
بالعقد وليس ويحتمل ضعيفا عدمه لان العين قبل رجوعها لم تخرج عن الملكية

فهو اما للبائع وهو محال او لا لزم لحصول الامرين اما ملك العوض والمعوض او
عدم ملك هذا العوض بل جواز التصرف وكلاهما محال اذ ليس لغيرهما
معنى المشتري على حقيقة ملك البائع العوض وهو المطلوب وانه لم يعهد في الشرع
انقطاع الملك بغير عقد ناقل الا في مواضع معدودة ليس هذا منها قال
دام ظله والنماء المنفصل للمشتري على اشكال اقول للنماء اقسام آ
المتجدد قبل التخالف وفيه الاشكال من حيث ان التخالف يفسخ البيع من الاصل
والنماء تابع ومن حيث انه نماء على ملكه والفسخ متجدد ب تجدد بعد التخالف وقبل
اداء القيمة للبائع قطعا ج المتجدد بعد اداء القيمة وقبل الوجدان وهو مبني
على ما مر قال دام ظله لو قال بعتك وانا صبي احتمل تقديم قول مدعي الصحة الى قوله
لاصالة البقاء اقول وجه الاول اطلاق الاصحاب تقديم قول مدعي الصحة اذا اختلفا
فيها ولانه اقر بالبيع فلا يلتفت الى المكابرة قال دام ظله لو قال وهبتني فقال بل بعته بالعين
احتمل ان يحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر ويرد الى المالك وتقديم قول مدعي الهبة
مع اليمين اقول وجه الاول ان كلا منهما مدع ومنكر ووجه الثاني تصديق المالك
على نقلها الى ملك مدعي الهبة وقد ادعى وجوب مال في ذمته والاصل عدمه والاقوى
تقديم قول المالك لان الاصل ان ملك المسلم المحترم لا ينتقل عنه الا برضاه وقوله ع

كتاب الدين وتوابعه

وفيه مقاصد الاول في الدين قال دام ظله
ولو التجأ المديون الى الحرم لم تجز مطالبته اما لو استدان فيه فالوجه الجواز اقول هنا
ثلثة اقوال آ عدم الجواز مطلقا وهو قول الشيخ في النهاية ب عدم جواز المطالبة
ان كان اقرضه في غير الحرم وجوازه ان كان اقرضه فيه وهو قول علي بن بابويه ج انه ان
طالبه خارج الحرم فهرب والتجأ الى الحرم لم تجز مطالبته وان دخل الحرم لا لذلك
فوجده جاز مطالبته وهو قول ابن ادريس ووجه اختيار المصنف امتناع مطالبته
اذا كان خارج الحرم وهرب من المطالبة خائفا الى الحرم فلقوله تعالى ومن دخله
كان آمنا ومن العموم ولما رواه سماعة قال سألته عن رجل لي عليه مال فغاب
عني زمانا فرأيته يطوف حول الكعبة أفأتقاضاه قال لا تسلم عليه ولا تروعه
حتى يخرج من الحرم وهذا نفي في معنى النهي والنهي يدل على التحريم كما تقرر في
الاصول واما جواز مطالبته مع الاستدانة فيه فلوجود المقتضي فيه ولانه
لولاه لزم الحرج قال دام ظله ولو جهله اجتهد في طلبه فان يئس

منه

منه قيل تصدق به عنه اقول هذا قول الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج وقال
ابن ادريس يدفعه الى الحاكم اذا لم يعلم له وارثا فان قطع على انه لا وارث له كان
لامام المسلمين لاستحقاقه ميراث من لا وارث له وهذا هو الصحيح عندي لان
مع وجود الوارث يكون له وولاية الحاكم مع غيبته والا فهو للامام قال
دام ظله ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره فيجب على المديون دفع الجميع
الى المشتري وان كان الثمن اقل على راي اقول هنا حكمان آ جواز بيع الدين
باقل منه قاله الشيخ وابن البراج ورد عليه ابن ادريس والحق صحته اذا كان ذهبا
فباعه بجنسه مع الجزء الفاضل وان باعه بغير جنسه فمع التقابض وهو في غاية الرداءة فان
الشيخ لم يحصر الدين في النقدين ولا عينه فيهما وانما اطلق ههنا اعتمادا على ما
قرره في موضع آخر من منع التفاضل في الربويات ووجوب التقابض في الصرف
ب الزام المديون بجميع الدين وان كان الثمن اقل منه وهذا قول ابن ادريس على
تقدير صحة البيع ولزومه واختاره اكثر الاصحاب وقال الشيخ لا يلزم المديون
باكثر مما وزن المشتري لما رواه محمد بن الفضيل قال قلت للرضا عليه السلم
رجل اشترى دينا على رجل ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له ادفع ما لفلان
عليك فقد اشتريته منه فقال يدفع اليه قيمة ما دفع الى صاحب الدين وبرئ الذي
عليه المال من جميع ما بقي عليه وصحة السند ممنوعة قال دام ظله اما لو شرط
رهنا بدين آخر فالاقرب الجواز اقول وجه القرب انه شرط لا ينافي الرهن وهو
سائغ ويحتمل عدمه لانه قرض جر نفعا ولانه كزيادة الصفة والحق عندي
اختيار المصنف هنا قال دام ظله لو رد المقترض العين في المثلي وجب القبول
وان رخصت وكذا القيمي على اشكال اقول منشأه من الجانب في القيمة اقول وجه
احتمال وجوب القبول انه اذا وجد لمساواة ودفعه وجب القبول ولا مساواة
اعظم من مساواة الشيء لنفسه والاقوى عندي عدم وجوب القبول مطلقا الا الراهن
بالقيمة قال دام ظله وفي الرجوع عن منافعها اشكال اقول منشأه من
ان اباحة المنافع بغير عوض هنا معلول للدفع للتمليك لانتفاء جميع انواعه الا هذا
وقد انتفى وانتفاء العلة يقتضي انتفاء المعلول ومن ارادة تبني استيفاء المنافع
بغير عوض ولانه المفرط قال دام ظله ولو تعذر الحاكم فامتنع صاحبه
من اخذه فالاقرب ان هلاكه منه لا من المديون اقول وجه القرب انه
لولا ذلك للزم الضرر على المديون وقال عليه الصلاة والسلم

لا ضرر ولا اضرار فالصغرى ظاهرة والكبرى مبيّنة ولانه يجب عليه قبول المدفوع
سليماً وليس له طلب عينه ولا يعيّن بالتعيين الا ذلك فالتعيين مستند الى الدفع
ويحتمل عدمه لانه لا يتعين الا بقبض المديون ولانه لو اسقط ذلك باقي الدراهم
لو حجر عليه للفلس بعد ذلك قبل القبض لكان النماء له ولانه لم يخرج عن ملكه
بذلك والاثم الجراء له وقد منع من التصرف فيه ويستحيل ضمان مال الغير من غير طلب
مالكه بلا جناية ولا يد ولانه لو دخل في ملك المدفوع اليه لوجب عليه زكوته ووجوب
القبض لا من جهة التعيين بل لاشتماله على الماهية الكلية والاصح عندي ما هو الاقرب
عند المصنف **قال** رحمه الله ولو اقرضه دراهم ثم اسقطها السلطان وجاء
بدراهم غيرها لم يكن عليه الا الدراهم الاولى فان تعذرت فقيمتها وقت تعذرها ويحتمل وقت القرض
من غير الجنس لا من الدراهم الثانية حذرا من التفاضل في الجنس المتحد **اقول** الاول
قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادريس في موضع من كتابه والثاني قول ابن
ادريس في موضع اخر ووجه الاول كونها من ذوات الامثال وحكم المثل
ما قلناه ولانه وقت التعذر لو وجد مثل الدراهم الاولى لوجب دفعها او نقصت
قيمتها عن وقت القرض ولانه وقت وجوبها ووجه الثاني انه من معلولات القرض
واحكامه فيثبت وقته ولان التعذر كاشف لانه تعالى علم في الازل تعذره
ويستحيل التكليف بالمحال بعد علم الله تعالى انتفاء شرط التكليف ويستحيل تكليفه
بالمثل ولانه بتعذر المثل صارت كذوات القيم يضمن بقيمتها وقت القرض وفيه
نظر لتأخر التعذر عن وقت القرض فلم يتقدم المسبّب على سببه **قال** رحمه الله
ولو ضاربه فالاقرب ان رأس المال الدراهم الساقطة مع احتمال جبر النقص
بالربح **اقول** وجه القرب انه هو رأس المال فلا يطالب بغيره كما لو دفع فضة
لم يكن له المطالبة بذهب ولانه نقص لم يحصل من التجارة ووجه الثاني انه نقص
حصل بعد دوران في التجارة والاصل في ذلك ان نقصا ما معنى الخسران
هل هو النقص بعد الدوران في التجارة مطلقا او بسببها لا من خارج
كحكم السلطان فعلى الاول هو خسران وعلى الثاني لا **قال** رحمه الله
ولو تعاملا بعد النقص والعلم فلا خيار وان كان قبل العلم فالوجه ثبوت الخيار
للبائع سواء تعاملا في بلد السلطان او غيره **اقول** وجه الثبوت انه نقص
سابق على العقد ولم يعلم به فطريقه طريق العيب والحد وهو نقص المالية
ولم

التعذر م

الحاكم خ نسخة

ولم يعرف الامة بينهما ووجه الثاني انه لم يرد فيه صيغة ولا نقص منه صفة من زيادة
او نقيصة عن المجرى الطبيعي فلا يكون عيبا وقد وقع عليه العقد **المقصد الثاني**
في الرهن وفيه فصول **الاول** في الصيغة **قال** رحمه الله وهل يقوم
شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول نظر **اقول** منشأه انه لفظ دال
على الرضا ويصح تقدمه ان قلنا به فيصح ومن ان القبول متأخر عن الايجاب
والمقبول بالذات واشتراطه موجب فيتقدم فلو اتحد المكان الشيء
الواحد متأخرا عن اخر بالذات ومتقدما عليه بالذات فيدور ولان
القبول لا يكون موجبا للايجاب بالضرورة ويلزمه قولنا الموجب لا
يكون قبولا بالضرورة والشرط موجب والاقوى عندي ان القبول
لا يصح تقدمه على الايجاب مطلقا **قال** رحمه الله اما لو شرط في
البيع اذن فلان او بيعه بكذا فالوجه الصحة **اقول** وجه الصحة
في اشتراط اذن فلان انه شرط وكالة في البيع عن الراهن فيصح
لان مقتضى الرهن توقف بيعه على اذن المالك او وكيله او الحاكم و
اشتراط اذن الغير اذن له في الاذن في البيع واما بيعه بكذا فانه ممكن
لا ينافي المشروع والاصل الصحة ويحتمل البطلان فيهما لانه قد يتعذر
الشرط فان جاز البيع خرج الشرط عن كونه شرطا وان لم يجز خرج
عن الوثيقة والتحقيق ان نقول هنا مقدمتان **أ** انه هل يشترط
في الرهن جواز بيع المرهون ام يكفي ملكية الراهن وكونه وثيقة لمنعه من
التصرف خاصة والاصح الاول ويحتمل ضعيفا الثاني **ب** انه شرط
اذن الغير هل هو توكيل له في الاذن لا قوي ذلك لانه لو اذن في بيع مطلق
جاز بيعه باذن فلان فيصح ولم يعتبر اذنه ويحتمل العدم لعدم دلالة
اللفظ عليه اذا عرفت ذلك فنقول على الاحتمال الثاني من المقدمة الاولى
يصح مطلقا وعلى الاول منها يصح على الاول من الثانية ويحتمل على الثاني
منها البطلان لجواز تعذره والحق عندي جواز اشتراط اذن الغير
لانه غير مخالف للكتاب والسنة ولا لعقد الرهن لانه مع امتناع الاذن
المشروط يقوم مقامه الحاكم وعند تعذره المرتهن والشيخ الطوسي
رحمه الله ابطل هذا الشرط فيهما لما تقدم والاقوى عندي البطلان

في اشتراط بيعه بكرا قال دام ظله ورهن المدبر ابطال للتدبير على رأي
اقول هذا قول الشيخ في المبسوط لان التدبير وصية ورهنه رجوع فيها
قال وان قلنا ان الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قويا لانه لا دليل
على بطلانه وقال في الخلاف يبطل ان قصد بالرهن فسخه وان لم يقصد فسخه
بطل الرهن قال وان قلنا انه يصح التدبير والرهن معا لانه لا دلالة على
بطلان واحد منهما كان قويا وقال ان ادى بيع بطل التدبير قال وان
قلنا ان الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قويا اذا تقرر ذلك فنقول
ذهب الشيخ في النهاية الى انصراف البيع او الرهن الى منافعه فعلى هذا الوجه
رهن الخدمة صحيح عند الشيخ رحمه الله ولم يصح عند الباقين قال دام ظله
او الرهن عند المسلم وان وضعها على يد ذمي على رأي اقول ذهب الشيخ
في الخلاف الى الجواز وليس بجيد لان الذمي نائب المسلم والحق المتعلق بها له
قال كالمسلم طلبه ولا العبد المسلم او المصحف عند الكافر وان وضعا على يد
مسلم فالاقرب الجواز اقول وجه القرب وجود المقتضي وزوال المانع اما
الاول فلان المقتضي ملك الراهن وثبوت الدين ورشد المتعاقدين وتكليفهما والعقل
والقبول واما الثاني فلانه لا مانع الا الكفر وهو انما يمنع اذا استلزم ثبوت سبيل الكافر
على المسلم او المصحف وهو ظاهر لكنه لا يستلزم ذلك اذ الرهن ليس تمليكا ولا يستحق
تملك بل يستلزم اشياء آ منع المالك عن التصرف وذلك ليس سبيلا للغير لانه ممنوع
لصاو ليس عالك ب تعين جهة ايفاء دينه من عينه وكون ايفاء دين الكافر
من المصحف او المسلم ج استحقاق ان يباع في دينه والبايع هو الوكيل او الحاكم
وعلى كلا التقديرين ليس هو سبيلا كما لو مات ولم يخلف غيرهما او لحجر عليه
لدين الكفار وليس له سواهما فيحتمل صحيحا عدمه لان الرهن اثبات حق المرتهن
على المرهون وهو سبيل ولا شيء من السبيل بثابت وهو اختيار ابن الجنيد والاقوى الاول
قال دام ظله وفي رهن ام الولد في ثمن رقبتها مع اعسار المولى اشكال
اقول منشأه من منع الاصحاب رهن امهات الاولاد وكونها امتا ومن تسويغ البيع
فيسوغ الرهن ومن جواز البيع في ثمن رقبتها فالرهن عليه اولى قال دام
ظله ومع بطلانه اشكال اقول منشأ هذه المسئلة على انه هل يشترط في
الرهن التمكن من البيع بالفعل دائما او امكانه في الجملة يحتمل الاول لان
الغاية منه استيفاء الدين من الثمن ولان الوثيقة لا تحصل الا به ويحتمل
الثاني

الثاني لان منع المالك عن التصرف في ملكه وامكان البيع في الجملة يدعوا المالك
الى القضاء وامكان البيع في الجملة هنا حاصل لجواز زوال المانع وانما شرطنا
الامكان ليخرج الوقف لانه لا يمكن بيعه دائما اي ما دام موجودا والحق
عندي الاول فعلى الاول لا يجوز رهن ام الولد هنا قطعا وعلى الثاني وهو
مراد المصنف منشأ الاشكال ان الرهن ليس اخراجا عن الملك وجواز الاعتاق
وجواز موت الولد وليس من لوازم الرهن البيع قطعا ومن حيث ان الرهن اثره
امكان استيفاء الدين منه او من ثمنه ولا يمكن الا بالنقل عن ملك الراهن
الى غيره وكونها ام ولد مضاد له لا يمكن اجتماعهما معه وامتناع الاجتماع مع
اللازم يستلزم امتناعه مع الملزوم وكونها ام ولد ثابت فينتفي اثر الرهن ولا
يترتب عليه وهذا معنى البطلان ووجه قوة الاشكال انه لم يجوز بيعها في الحال
والرهن اضعف وهنا لا يجوز بيعها قال دام ظله وعبر المتن اشكالا اقول
وجه الاشكال ما تقدم ووجه شدته ان امكان البيع ثم اقرب واعلم ان ابن الجنيد
ذهب الى جواز رهن ام الولد مطلقا والاصح عندي انه لا يجوز مطلقا قال دام
ظله ورهن الام دون ولدها الصغير وان حرمنا التفرقة وحينئذ اما ان يبيع
للام خاصة فيقال لها تفرقة ضرورية او نقول يباعان ثم يختص المرتهن بقيمة الام
فتقوم منفردة فاذا قيل مائة ومنضمة فيقال مائة وعشرون فقيمة الام الولد
منفردا السدس ويحتمل بعد تقويمها والولد حق بعل قيمته فاذا قيل عشر فهو جزء
من احد عشر اقول هنا احكام ثلثة آ رهن الام دون ولدها
الصغير وهو جائز اجماعا ب لبيع في الرهن فنقول اما ان نحرم التفرقة اولا وعلى
الثاني ان باعها المالك فالافضل جمعهما في البيع ويجوز افرادها فان بيعت
عليه كما لو باعها الحاكم في الدين يفرادها لتعذر ذلك منه مثلا بيعها منفردة قطعا
وعلى الاول وهو تحريم الافراد ان باع المالك فلا اشكال في وجوب الضم وان
بيعت عليه جبرا احتمل ان يقال تفرقة ضرورية لكن على جواز البيع الرهن وهو
مختص بها ويحتمل ان يبيعها الحاكم انما هي في الرهن واما الولد فلو دفعت
صحة البيع عليه ج التقويم وقد ذكر فيه وجهين وجه الاول ان الرهن انما
يقوم بصفاته التي هي رهن عليها وهي انما رهنت منفردة ورجع منها في البيع
كما لو ضم المالك الى الرهن شيئا اخر وباعهما والجمع بينهما في البيع لازم
للنهي عن التفريق لا لزيادة القيمة ووجه الثاني انه انما اثبتناه او الولد منفردة

عنها غير مستحق للتربية فيقوم الولد وحده فيكون ما نقص محتاجا الى من يربيه
فيقل قيمته وهو الاصح عندي قال دام ظله ويصح رهن المرتد وان كان
عن فطرة على اشكال اقول هذا الاشكال مبني على الاشكال السابق
في بيعه ثم ان قلنا بالصحة يحتمل هنا المنع ايضا لجواز الاستيفاء به في
البيع منتفع تخاليه بحالا فيه هنا قال دام ظله لو رهن ما يسرع اليه
الفساد قبل الاجل فان شرط بيعه وجعل الثمن رهنا صح وان شرط منعه
بطل وان اطلق فالاقرب الجواز فيباع ويجعل الثمن رهنا وكذا لو طرأ ما عرضه للفساد
فكذلك اقول وجه القرب ان الاذن في البيع معلوم بقرينة الظاهر وهو قصد
كل احد حفظ ماله ويحتمل عدمه لان البيع قبل المحل ليس من مقتضى الرهن
ولم ياذن فيه فلا يجوز البيع فلا يصح ولو طرأ على الرهن ما عرضه للفساد لكنه نقص
للحنطة وجب بيعه وجعل الثمن رهنا قطعا قال دام ظله ولو نذر العتق عند
شرط ففي صحة رهنه قبله نظر اقول منشأه من انه مملوك والاصل الصحة ومن
ان كل رهن يصح بيعه لقوله عليه السلام الرهن وثيقة ليستوثق به المرتهن وهذا ليس بوثيقة
بالمرة لانه مترقب الخروج عن الرهنية في كل وقت وهو مناف للوثيقة ولان
مقتضى الرهن وجوب دوامه بدوام الدين الى الاستيفاء الا انه معنى الوثيقة
والرهن والنذر يقتضي امكان زوال الملك والرهن في بعض اوقات الوصف
وتناقض المعلولات يقتضي تناقض العلل امكان زوال الملك امتناع اجتماع العلل والعلة
ثابتة فينتفي الرهن واعلم ان هذه المسئلة مبنية على مسئلتين ا انه هل يجوز بيع
هذا ام لا ب انه هل يشترط امكان البيع في صحة الرهن ام لا وكلاهما قد
تقدما قال دام ظله ولو جنى خمرا فتخللت في يده ولو غصبه
فتخللت في يده فالاقرب انه كذلك اقول وجه القرب زوال ملك الاول عنها وكون
لصاحب اليد كسائر المباحات التي لا مالك لها ولا يد لاحد عليها ويحتمل عودها الى الملك
الى المغصوب منه لان له عليها حقا ولهذا له اثبات اليد عليها وهو اولى للتحليل
والحق عندي الاول قال دام ظله يجوز ان يستعير مالا ليرهنه فيذكر
قدر الدين وجنسه وحقه الرهن فان خالف فللمالك فسخه والا فلا ولو رهن على
اقل صح وعلى اكثر يحتمل البطلان مطلقا وفي الزائد اقول وجه الاول
انه خالف المنصوص عليه فيبطل ووجه الثاني انه عين له ما اخذ رهنا عليك
وما لا يملك وهو ظاهر قال دام ظله وللمالك مطالبته بالفك عند
الحلول

الحلول وقبله على اشكال اقول منشأه من انه عارية فله المطالبة متى شاء
ومقتضى العارية عدم اللزوم ومن انه اذن في عقد لازم فلزم ولنعلم ان
ان هذا البحث على تقدير احتمالين ا ان يبذل المرتهن ملكه من غير قبض
للدين والفك قبل الاجل ب ان نقول انها عارية لا تلزم بالرهن لان ماهية
العارية تقتضي عدم اللزوم انما على تقدير كون ذلك ضمان دين في عين بالخزينة
فلا مطالبة له قبل الاجل ولنعلم ان بعضهم جعلها عارية واستثنيها فالان
الصنعة عقد العارية وهو مغاير لعقد الضمان ومباين له وبعضهم جعلها
ضمان دين في عين خاصة من غير تعلق بالذمة لان العارية تقتضي استيفاء المنفعة
مع بقاء العين لا تقتضي بيعها ومقتضى هذا العقد منفعته مع العين واخراجها
عن الملك فبان انه ليس العارية وان شابهها صورة ولا استبعاد في استعمال
الشارع صيغة عقد في آخر مجازا قال دام ظله وللمالك الرجوع في الاذن
قبل العقد وبعده قبل القبض ان جعلنا القبض شرطا ولو تلف في يد المرتهن
فالاقرب سقوط الضمان عنه اقول هذه المسئلة موضع اشتباه فان المصنف
دام ظله في الدرس حيث حققنا البحث عليه ان هذه المسئلة فرع على قوله وللمالك
مطالبته بالفك عند الحلول وقبله اشكال وتقريره ان نقول الحلول اذا
كان الراهن موسرا بالدين فللمالك الزامه بالافتكاك فاذا جعلناها عارية
او غلبنا عليها العارية كالشيخ رحمه الله والمحققين فهل له الرجوع فيها قبل
الافتكاك قيل نعم لان العارية كما مر تقتضي عدم اللزوم فاذا رجع قبل
له مطالبة المرتهن بان يلزم المديون بماله او برهن غيره تقوم مقامه ليحصل له عين ماله
اذ قبض المرتهن مبني على العارية وقد بطلت فاذا اهمل المرتهن وامسك الرهن في
يده ضمن والا فيقوى انه ليس له ذلك لانه اذن في عقد لازم فيلزم فلا يضمن المرتهن
وهو الاقرب بل هو الاصح وهذا وجه قول المصنف والاقرب سقوط الضمان عنه
واما قبل الحلول فعلى تقدير ان يدفع الراهن هل يجب على المرتهن القبول يحتمل ذلك
لانها عارية لا تلزم ولا يلزم المبني عليها والاصح انه لا يجب فعلى الاول اذا لم يأخذ
المرتهن فتلف في يده ضمن وعلى الثاني لا يضمن وهو الاصح قال المصنف دام
ظله ويمكن توجيه هذه المسئلة بان نقول على القول بانها عارية له الرجوع
فيها مطلقا فلا يبطل الرهن ولا يجوز للراهن امساك العين بل يجعلها بقول الحاكم او

ما اتفقا عليه عند عدل ينصبه الحاكم لقبضها فان لم يفعل المرتهن كان ضامنا والاقوى انه
ليس له الرجوع لانها امانة للزوم مقبوضها وهو الرهن فلا تضمن قال دام ظله ولو
لم يرتهن ففي الضمان اشكال اقول منشأه نص الاصحاب على انها عارية مضمونة
ومقتضى الضمان بالقبض في الابتداء ولانه قبضها للاتلاف من دينه فصار كالمقبوض
بالسوم ومن حيث ان العارية امانة فلا تضمن الا بالرهن ولانه انما يضمن هنا بالتعرض
للاتلاف وسببه الرهن والمسبب لا يتقدم على السبب والاقوى عندي ضمان المستعير
بمجرد القبض قبل الرهن وبعده لانه يقتضي بيعه بدينه باذنه فيدخله في ملكه بعوض
فصار كالمعاوضة قال دام ظله ولو رهن ما له الرجوع فيه فقبله لم يقع على اشكال
اقول ينشأ من انه ليس ملكه قبل الرجوع فيه كالغانم قبل القسمة وان ملك
ان يملك والرهن لا يصح الا ببينة الملك لانه مشروط به فيتأخر عنه ولو كان علة له
لتقدم عليه فيلزم الدور ويحتمل الصحة لانه يصدق كل ملك يمنع غير من هو
له من التصرف فيه فهو ملك لازم وينعكس كلما ليس بملك لازم فهو ليس بملك مانع
غير من هو له للتصرف وهذا الملك ليس بلازم فلا يمنع والمانع غيره والجواب
عن الاول ان الجزء الاول من عقد الرهن علة في الرجوع والملك ومجموعه علة
لصحة الرهن وهو مشروط بالملك فلا دور وهو الاصح عندي قال دام
ظله ولو رهن الوارث التركة وهناك دين فالاقرب الصحة وان استوعب
اقول وجه القرب انه تصرف صادف ملكه وله اداء الدين من غير التركة
فصح كالعبد الجاني خطأ ويحتمل عدمه لانه ليس بمالك لما يقابل الا بعد اداء
الدين ولو سلم فهو ممنوع منه كما منع الراهن فيبنيهما على هاتين المسألتين وعلى
القول بالصحة فان لم يؤد الدين قدم حق الديان على تصرفه وابطلوا والاقرب عندي
عدم الصحة لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين فالمعلق اما الملك
او جواز التصرف او هما اولا واحد منهما والاخير باطل ويستحيل تعلق الملك
مع بقائه بجواز التصرف مطلقا وهو ظاهر فتعين احد القسمين الباقيين وانما
ما كان امتنع صحة التصرف قبله ولان المقدم في قوله من بعد هو المقدر
الذي ذكره المتكلمون وهو ان المتأخر للجامع المتقدم كتقدم عدم الحادث
على وجوده وتقدم بعض اجزاء الزمان على بعض فلا يشترط جواز تصرفه حتى ينتفي
المتقدم وهو المطلوب المقصد الثالث في العاقد قال دام ظله
ولو

ولو تعدد المرتهن واتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف خاصة وفي
التقسيط مع اتحاد الدين اشكال اقول ينشأ من انه يشترك بينهما فيقتضي
التنصيف كما لو اشترك بينهما في الملكية ومن ان الرهن يقتضي قضاء الدين
المرهون عليه من عينه من غير انقاء شيء من الدين مع الوفاء فاذا رهن على دينهما
اقتضى انقاؤهما من عينه والا لم يكن رهنا على كل الدين فمع الوفاء يصرف في الدين
الاكثر اكثر وكلما لم يصرف عنه مع بيعه في الدين لم يكن متعلقا
به وينعكس قولنا كلما صرف عنه في الدين مع بيعه تعلق به واكثر
الثمن يصرف الاكثر مع تساوي الاجزاء فيكون الدين الاكثر متعلقا بالاكثر
وهو المطلوب فان احد اجزاء العين لم يفرق بين متساوي الاجزاء ومختلفها
قال دام ظله ولو افتك الرهن ففي لزوم العقود نظر والاقرب اللزوم
من جهة الراهن قبل الفك اقول منشأه من انها لم تكن لازمة من اصلها
ومن وجود المقتضي وهو العقد وزوال المانع وهو حق المرتهن او الرهن
وهذا هو وجه قرب لزومها من جهة الراهن حال الرهن لان المانع هو حق المرتهن
لاجله ويحتمل عدمه لان الرهن يمنع اللزوم وهو متحقق والاقوى عندي اللزوم
من جهة الراهن مطلقا قال دام ظله ولو اجاز الرهانة الثانية ففي كونه
فسخا لرهنه مطلقا او فيما قابل الدين الثاني او العدم مطلقا نظر اقول
وجه الاول تنافي الرهنين لاقتضاء الرهن اختصاص المرتهن وتقدمه وتنافي
اللوازم يستلزم تنافي الملزومات والمرتهن الاول قد اجاز الرهن الثاني ورضي
به فيبطل رهنه ووجه الثاني ان المقصود استيفاء الدين وهو ممكن هنا
ولا منافاة ولا مزاحمة ووجه الثالث انتفاء دلالة المطابقة والتضمن وهو
ظاهر والالتزام لانه لا مانع من تعلق دينين بعين واحدة وتقدم احدهما
على الاخر ويكون الفائدة في انه لو قضى المرتهن الثاني حقه بقي حق المرتهن الاول
وكذا لو اسقط الثاني حقه قال دام ظله ولو لم يعلم الاول حتى مات الراهن
ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الاول من دون الغرماء اشكال اقول
ينشأ من انه لم يقع باطلا في اصله بل وقع موقوفا على زوال المزاحم للاول وقد زال
في الفاضل فيقدم لسبق تعلقه على تعلق الديون الاخر ولانه كان لازما من جهة
الراهن على ما تقدم من اقوى الاحتمالين ومن انه لم يكن عقدا لازما ولانه حال
وجوده كان ممنوعا من التصرف وفي هذه الحالة لا يعتبر تصرفه فيمنع لحق الديان

قال دام ظله ولو اذن في الهبة فوهب ثم رجع قبل الاقباض صح الرجوع على اشكال
ينشأ من سقوط حقه بالاذن وعدمه اقول وجه سقوط حقه بالاذن ان
الرهن يمنع المالك من التصرفات الناقلة وغير الناقلة والثاني قد يجامع الرهن
باذن المرتهن فلا يسقط حقه فاما الاول فلا يجامعه فاذا اذن الراهن فقد
رفع الرهن ورفع اللازم يستلزم رفع الملزوم ووجه عدمه ان المسقط للرهن
النقل بالفعل وهو المنافي لا امكان النقل والاذن يفيد الثاني لا الاول
قال دام ظله ولو احبلها الراهن لم يبطل الرهن وان كان باذن المرتهن وان
صارت ام ولد وفي بيعها اشكال اقول ينشأ من تعلق حق المرتهن بها قبل
الاستيلاد والاصل بقاؤه فصار تعلق الدين بها اعظم من تعلق عتقها بوقتها
مع اطلاقه البيع ومن النهي عن بيع ام الولد وهذه ام ولد ونفوذ الاستيلاد
اولى من نفوذ الاعتاق لانه فعل والافعال اقوى واشد نفوذا الا ترى كله يثبت
والفعل اقل شرطا ولهذا ينفذ استيلاد المجنون والمحجور عليه ولا ينفذ اعتاقهما
وينفذ استيلاد المريض من الاصل واعتاقه من الثلث والقائل بحينئذ منعه من
التصرف حتى يؤدي الدين قال دام ظله وفي اعتبار القيمة يوم التلف او
الاحبال او الاعلى نظر اقول وجه الاول انه انما يضمن القيمة عوض العين لتعذرها
فضمنها وقته وهو يوم التلف ووجه الثاني انه سبب للتلف فصار كالجرح عبدا
فقيمته مائة وبقي متألما حتى مات وقيمته عشرة فانه يضمن المائة ووجه الثالث انه
ممنوع من التصرف فنزل منزلة الغصب قال دام ظله ولو باع الراهن فطلب
المرتهن الشفعة ففي كونه اجازة للبيع اشكال اقول منشأه من ان الشفعة
مترتبة على البيع وطلب المعلول والرضا به من دون الرضا بالعلة لا يعقل فطلبه
لها رضا بالبيع ومن ان طلب ثبوت ملكه واذا لم يملكها المشتري هو طلب شاذك
الفسخ في ان لم يملك المشتري الذي هو المقصود من الفسخ بل ههنا اقوى فلا يثبت
عليه لانه انما صدر منه المساوي والتحقيق ان هذه المسألة تبتني على ان
الشفعة هل تثبت بمجرد العقد ام بلزومه فان قلنا بالاول لم يكن اجازة
ولم يسقط الشفعة به لان الرضا بالبيع الذي يتضمن طلب الشفعة لا
يسقط الشفعة والا لم تثبت شفعة اصلا وانما لم يكن اجازة لانه
لا يدل عليها بالمطابقة ولا بالتضمن ولا بالالتزام لجواز الغفلة عن كونه
رهنا فهو اعم ولا دلالة للعام على الخاص وان قلنا بالثاني كان اجازة
فتبطل

فتبطل الشفعة لان طلبها يدل على اجازته لتلزم الشفعة والا لم يقع الطلب
المقصد الرابع في اللواحق قال دام ظله ولا يصح الرهن على الاعيان وان كانت
مضمونة كالغصب والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على اشكال
اقول ينشأ من انه يقصد بكل مرهون به يمكن استيفاؤه من ثمن المرهون
لان المقصود الذاتي من الرهن ذلك ولا شيء من الاعيان يمكن استيفاؤها
من ثمن المرهون بالضرورة فلا شيء من المرهون به بعين بالضرورة وينعكس
الى المطلوب ولو رهن على قيمتها اذا تلفت فهو رهن على ما لم يجب ولا يعلم افضاؤه
الى الوجوب ومن ان المقصود من الرهن الوثيقة بالحق ومنع الراهن من التصرف
حتى يؤدي المرهون به فيقصد به المنع من ملكه كما نص عليه الحق منعه من المرهون
به فيتوصل الى ازالة الضرر بازالة الضرر عن المالك ولان الرهن يقتضي تعلق الدين
او بدله عند تعذره بالعين المرهونة او بدلها عند تعذرها والثاني ههنا
متحقق ولصحة ضمانها على احد القولين ولانه يستحيل استيفاء غير الحق الثابت
في ذمة المديون من الرهن بل مثله او بدله عند تعذره فكذا ههنا والاصح عندي
الصحة قال دام ظله ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقد ففي الجواز اشكال
ينشأ من جواز اشتراطه في العقد فتركه في متنه اكد ومن توقف الرهن على ثبوت
الملك لعدم السبب فيقول بعتك العبد بالف وارتهنت الدار فيقول اشتريت
ورهنت اقول قال الشيخ رحمه الله في هذه المسألة بالصحة واستشكله والدي
ههنا والاقوى عندي عدم الصحة لان استحقاق الدين شرط لصلاحية
عقد الرهن وكل جزء منه للصحة كعقد المتعاقدين لانه لا يمكن ان يقع عقد رهن
على مال قبل استحقاقه فيكون موقوفا على الاستحقاق باجماع المسلمين فتركيبه
مع سبب الدين في عقد يستلزم وقوع احد جزئي عقد الرهن قبل تمام سبب
استحقاق الدين فلا يصلح للصحة والا لتقدم المشروط على الشرط وهذا هو
وهو معنى وقوعه باطلا وكلما وقع احد جزئي العقد باطلا كان باطلا
وهو المطلوب وكذا لو قال بعتك هذا وارتهنته كذا قيل لا يصح وهو اختيار
الشيخ في المبسوط لان الرهن سبق الضمان وكونه مبيعا يبيته وهو يناقض
وليس بجيد لاختلاف الاعتبار وقيل يصح لانه لا اقل من ان يكون فضوليا
ثم يلزم بحصول شرط الصحة وهو الاقوى عندي قال دام ظله ولو اذن

جواز الرهن على مال الكتابة اقول اما المكاتبة المطلقة فلا كلام في جواز الرهن
على مالها واما المشروطة فمنعه الشيخ الطوسي في المبسوط وتبعه ابن البراج
وابن ادريس والوجه الجواز لانه دين ثابت في الذمة فيجوز اخذ الرهن عليه
كالمطلق احتج الشيخ بان مال الكتابة المكاتب مخير في ادائه وعدمه
وكلما كان كذلك لم يكن ثابتا في الذمة ينتج ان مال الكتابة ليس ثابتا في الذمة
اما الصغرى فلان له تعجيز نفسه متى شاء فليس للكاتب حينئذ الا الفسخ واما
الكبرى فظاهر والا لم يبق فرق بين الثابت في الذمة وغير الثابت ولانه
كلما كان مخيرا في ادائه وعدمه لم يجب عليه اداؤه لان الوجوب يستلزم
المنع من النقيض وكلما لم يجب اداؤه فليس بثابت في الذمة وكلما كان مخيرا
في ادائه وعدمه لا يكون ثابتا في الذمة وكلما ليس بثابت في الذمة لا يصح الرهن
عليه ينتج كبرى لنتيجة الاولى ان مال الكتابة لا يصح الرهن عليه والجواب المنع
من الصغرى في الاول للزوم الكتابة سلمنا لكن نمنع كلية الكبرى فان ما يكون
مخيرا في ادائه بابطال عقد اقتضاه يمنع كونه ليس بثابت قبله ونمنع كونه مخيرا
مطلقا بل قبل الفسخ لو حصل لما دل اخذ المولى

المقصد الخامس في القبض

قال دام ظله وليس شرطا على رأي اقول هذا قول ابن ادريس والشيخ في
الخلاف وموضع من المبسوط وقال في النهاية وموضع من المبسوط انه شرط وهو اختيار
المفيد وابن الجنيد وابي الصلاح وابن حمزة وابن البراج وسلار وابي منصور الطبرسي
لنا الاصل عدم الاشتراط وعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود احتج
المشترطون بقوله تعالى فرهان مقبوضة وبرواية محمد بن قيس عن الباقر عليه
السلام قال لا رهن الا مقبوضا والجواب الاية تدل من حيث دليل الخطاب
وليس بحجة على انها دليل لنا اما اولا فلان القبض لو كان شرطا كا
لايجاب والقبول لكان قوله مقبوضة تكرارا لا فائدة فيه وكما لا يجب قوله
مقبولة كذا مقبوضة واما ثانيا فلان الاية سيقت لبيان الارشاد الى
حفظ المال وذلك لا يتم الا بالاقباض كما لا يتم الا بالارتهان والاحتياط
تقتضي القبض كما انه يقتضي الرهن وكما ان الرهن ليس شرطا في الدين فكذا القبض
ليس شرطا في الرهن والرواية ضعيفة السند والاصح عندي عدم اشتراط
القبض قال دام ظله وهل له المطالبة به اشكال اقول ينشأ من

من انه للاستيثاق ولا يتم الا به ومن انه يحصل مع المالك منه وبعوله اما لو
قلنا باشتراطه لم يكن له الزام المالك بالاقباض لانه موقوف على لزوم الرهن الموقوف
على القبض فيدور وهو باطل وقال في المبسوط في فصل مع الخيار يلزم الراهن اقباضه
قال دام ظله والاقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصبا ويحتمل الضمان لان
الابتداء اضعف من الاستدامة ويمكن اجتماعه مع الرهن كما لو تعدى المرتهن
فلان لا يرفع ابتداء الرهن دوام الضمان اولى اقول وجه القرب ان سبب الضمان
الغصب وقد زال بالاذن في ابقائه في يده فيزول المسبب وهو الضمان وقال
الشيخ في الخلاف وفي المبسوط لا يزول الضمان وقد ذكر المصنف وجهه وفي توجيهه
نظر والتحقيق ان نقول اختلف المتكلمون في احتياج الباقي الى المؤثر على
قولين احدهما ان الباقي يحتاج الى المؤثر فعلى هذا القول نقول ذهب كثير من الفقهاء
الى اشتراط القبض في صحة الرهن واجمع الكل على ان كل ما يشترط في صحته القبض ولا يصح
القبض ولا يعتبر الا باذن المالك فاذا اقبض المالك زال الغصب وعدم السبب
يستلزم عدم المسبب ولم يوجد سبب اخر للضمان ولا يتحقق ولتعلم ان استدامة
القبض كافية في الرهن لقوله تعالى فرهان مقبوضة والمستدام يصدق مع بقاء المعنى
واما على القول بان الباقي مستغن عن المؤثر يحتمل زوال الضمان بالرهن لدلالته على
الاذن في ابقائه في يده وزوال كونه ظالما وهو سبب الضمان ويحتمل ان لا يزول لان الباقي الضمان صح
على القول باستغنائه لا يزول الا بطريان ضد ولم يوجد فعلى قول من لم يشترط القبض في الرهن
لا يزول الا مع الاقباض المستدام ان قلنا باستغناء الباقي او بالاذن ان قلنا باحتياجه
قال دام ظله ولو اودع الغاصب او آجر فالاقرب زوال الضمان اقول
وجه القرب انه جعله وديعة وهي امانة ويحتمل عدمه كما ذكر في الرهن والتحقيق
هنا ان الضمان يزول لانه امانة ان صح الوديعة او الاذن ان صحت فهي منافية
للغصب ووجود احد المتنافيين يستلزم نفي الاخر وهي اقوى في الاستيمان من
الرهن لان المستودع نائب المالك في الحفظ ويقبل قوله عليه في الرد بخلاف المرتهن
لان يده عليه لعله الا انه لا يدل على الاستيمان والاستنابة في الرد وهما منافيان
للغصب والاقوى عندي زوال الضمان هنا وفي العارية لانه مأذون له مباح
والمستعير في التصرف في العين وفي استيفاء المنافع قال دام ظله وفي
العارية والتوكيل بالبيع والاعتاق نظر اقول ينشأ في العارية من انه
اذن في القبض صريحا فزالت اليد العادية ومن الذي مر في الرهن واما في

التوكيل فيما يجعل يده كيده ومن حيث انه لا يدل على التسلط على القبض والامساك
فالعارية اولى بالسقوط والاقوى عندي انه لا يسقط الضمان بمجرد الاذن
فيهما بل ولا في كل ما لا يستلزم الماذون فيه اثبات اليد قال دام ظله
ولو ابرأ الغاصب من ضمان الغصب والمال في يده فاشكال منشاؤه الابراء
مما لم يجب ووجود سبب وجوبه لان الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف والاقرب
انه لا يبرأ ولا يصير يده يد امانة اقول يتأتى ان الابراء مما لم يجب فلا يتحقق ومن
وجود سبب وجوبه لان الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف ووجود السبب كوجود
المسبب والاقوى الاول لان انه ابراء مما لم يوجد الملكي قال دام ظله اما المستعير
المفرط والمشروط عليه الضمان والقابض بالسوم او الشراء الفاسد فالاقرب زوال
الضمان عنهم بالارتهان لان ضمانهم اخف من ضمان الغاصب اقول يحتمل عدمه لما
ذكر في الغصب والاقوى عندي زوال الضمان بالمفرط بالاقباض بالرهن واما
العارية المقتضية للضمان فيبقى ما دامت باقية وسقوط الضمان في المقبوض
والبيع الفاسد قال دام ظله ويحتمل فيه الاستنابة كالعقد لكن يجوز للمرتهن
استنابة الراهن ويكفي له استنابته عند الراهن ويشتق لديه اشكال نشأ
من ان ادامهم يده اقول هنا وجه عدم الجواز ووجه الجواز ان توكيله ليس
توكيله لمولاه ولذا اهلية التوكيل باذن المولى فليست يده يد مولاه فيما
يوجب العين فيه فلا يلزم من توكيله تولي طرفي القبض بخلاف المولى قال
دام ظله ولو انقلب خمرا قبل القبض فالاقرب الخروج اقول وجه القرب
انما التي يكون من اركان العقد يكون في حكم ابتداء التصرف ويشترط شرطه
فاذا كان القبض شرطا في صحته كان ركنا من اركانه فيشترط
في حال ثبوته شرائط صحة ابتداء التصرف ويمنعه مانعه والخمر لا يصح
ابتداء التصرف عليه فيبطل لانه متى يختل شيء من اركان العقد يبطل الملك
بطل هذا مذهب الشيخ وابي الصلاح ويحتمل عود الرهن لعود الملك
لانه تابع له وقد عاد فيعود والاصح عندي البطلان قال دام ظله
ولا يجوز تسليم المشاع الا باذن الشريك فلو سلم بدونه ففي الاكتفاء به
في الانعقاد نظر اقربه ذلك للقبض وان تعدى في غير الرهن اقول
ويحتمل عدمه لان شرع السائغ وهذا غير سائغ والتحقيق ان هذا
الخلاف

الخلاف يرجع الى ان النهي في غير العبادات هل يدل على الفساد ام لا
والاصح عندي على القول باشتراط القبض الصحة هنا قال دام ظله
ولو اختلفا في القبض فالقول قول من هو في يده ولو اختلفا في الاذن احتمل
ذلك وتقديم قول الراهن مع اليمين اقول اشار بقوله ذلك الى تقديم
قول من هو في يده ووجهه انه لو كان في يد الراهن والاصل عدم الاذن
وان كان في يد المرتهن فالاصل صحة العقد والقبض ووجه الثاني اصالة
عدم الاذن قال دام ظله لو جعلاه على يد عدلين جاز وليس لاحدهما
التفرد به ولا ببعضه ولو سلمه احدهما الى الاخر ضمن النصف ويحتمل تضمين
كل منهما الجميع وفي استقراره على انها اشكال اقول وجه الاول
وجوب عوض واحد له وهما متساويان في سبب الضمان لان كلا منهما مفرط
ومتعد فعلى كل واحد منهما النصف يستقر عليه ووجه الثاني ان كلا منهما
مستودع للجميع ولكل حق منضما الى الاخر ولهذا لا يصح الاقتسام فاذا سلم
احدهما فرط في الجميع من حيث انه لا نظر ومنشأ الاشكال في الاستقرار
ان مثبت اليد عادية الاخر تارك للحفظ ومتعد بالتسليم الى الثاني والمثبت
العادية اقوى في الضمان من تارك الحفظ وهو اولى بالاستقرار مع التعارض
فكان له ولكل المباشر والثاني كالسبب لانه اشارع ساواهما في سببية الضمان مع
المباشرة والسببية للاتلاف والاول اقوى فساوى الاقوى ولان الضمان
واثبات اليد وجوديان وترك الحفظ عدمي وسببية الوجودي للوجودي
اقوى واولى من سببية العدمي له واما تسليمه اليه فالكف العادية سبب
سببية التضمين بالتسليم مع كونها علة تامة في التضمين فكانت اقوى واولى
في التضمين من التسليم وان الوديعة لا تستعقب الضمان للمودع لان يد
المستودع ليست عادية بالنسبة اليه ولا مضمونة له بغير العدوان كالغاصب
من الغاصب فانه اذا لم يمكنه من الدفع الى المالك والمشتري العالم من الغاصب
فانه انما استملكه بعوض للغاصب فقد جعلها مضمونة له بغير ذلك ويده
مساوية ليده لانها استنابة في الحفظ فضمان تلفها كضمان تلف يده فلا تضمن
مثبت اليد الدافع اليه مع تضمين الدافع ولانا لا نحكي بان كل واحد
منهما سبب تام في التفريط والضمان من غير التفات الى الاخر فان التسليم

بمجرد ترك حفظ بغير تسوية اشتراء الاخر يده منفردة او لا واثباتا الاخر يده منفردة
بيبيت تلم هنه في التضمين سواء فرض كون الاخر بينهما او لا فلا يرجع احدهما على الاخر
فيستقر الضمان على من تلف المال عنده منهما وهو الاصح عندي قال دام ظله ولو
اتلف الرهن اجنبي تعلقت القيمة تكون رهنا في يد العدل وله المطالبة بها وهل له
بيعها بالاذن في بيع الاصل الاقرب المنع اقول وجه القرب ان الماذون في بيعه
قد تلف فيبطل الاذن لان الوكالة تبطل بتلف متعلقها والقيمة غيره ويحتمل الجواز
لانه انما اذن في الحقيقة في قضاء دينه مما تعلق الرهن به وخصوصية العين تابعة
والاقوى المنع قال دام ظله ولو تلف الثمن في يده من غير تفريط فلا ضمان والاقرب
انه من ضمان الراهن لانه وكيله ويحتمل المرتهن لان البيع لاجله اقول العدل امين
لا ضمان عليه وهل التلف من الراهن او المرتهن يحتمل الاول لانه وكيله في البيع والقبض
ويحتمل المرتهن لان البيع لاجله فيكون وكيله في قبض الثمن ومنه نظر والاصح الاول
لانه لا يلزم من كون البيع لاجله كونه وكيله في القبض قال دام ظله ولو ادعى قبضه
من المشتري فخالفاه احتمل المساواة لانه امين فيبرأ بيمينه دون المشتري وتقديم
قولهما لانهما منكران اقول الحق الاول قال دام ظله لو ادعى العدل دفع الثمن
الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن لانه وكيله على اشكال اقول هذا الاشكال
راجع الى مسئلتين احديهما ان الوكيل اذا ادعى الدفع الى من اذن له في الدفع
اليه هل يكون القول قوله ام لا وسياتي الثانية ان الوكيل في الدفع اذا دفع من غير
اشهاد هل يكون ضامنا ام لا هذا اذا لم يشهد ولو ادعى اشهاد من مات او غاب
فيبنى فالبناء على المسئلة الاولى لا غير والاصح عندي تقديم قوله لانه امين قال
دام ظله ولا يقبل في حق المرتهن لانه وكيله في الحفظ خاصة فلا يقبل في غيره كما لو
وكل رجلا في قضاء دين فادعى تسليمه الى صاحب الدين ويحتمل قبول قوله على
المرتهن في اسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره فعلى هذا ان حلف العدل سقط
الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن انه قبضه اقول وجه هذا الاحتمال انه امين
فيقبل قوله في اسقاط الضمان عن نفسه كالمودع في رد الوديعة وهذا هو الاصح
عندي قال دام ظله وعلى الاول يحلف المرتهن ويرجع على من شاء فان رجع على
العدل لم يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم وان رجع على الراهن لم
يرجع على العدل ان كان دفعه بحضرته او ببينة ماتت او غابت لعدم
التفريط

التفريط في القضاء والا رجع على اشكال منشأه دعوى التفريط وكونه امينا له البتة
عليه انه لكنه اقول هذا الاشكال يرجع الى ان وكيل القضاء اذا لم يشهد هل
يكون مفرطا لكونه وكيلا في الابراء ظاهرا او باطنا بحيث يسقط عنه الدعوى او
لا يكون مفرطا لانه وكله في الابراء وقد فعل والاقوى عندي الاول فيكون ضامنا
قال دام ظله وان كان وكيله فالاقرب جواز بيعه من نفسه بثمن المثل اقول
باقي جواز بيع الوكيل من نفسه قال دام ظله وان تلف ضمن قيمته ان لم يكن مثليا قيل
يوم قبضه وقيل يوم هلاكه وقيل الارفع اقول الاول اختاره المصنف والشيخ
ابي القسم بن سعيد والثاني قول الشيخين في النهاية والمقنعة وسلار في الرسالة
والثالث قول الشيخ في المبسوط وهو الاقوى عندي ولابن الجنيد قول رابع انه يضمن
اعلى القيم من يوم هلاكه الحيوان يحكم بقيمته قال دام ظله والاقرب عدم
دخول المتجددة الا مع الشرط او كانت متصلة اقول هذا قول الشيخ في الخلاف
والمبسوط للاصل ولما رواه اسحق بن عمار في الصحيح عن ابي ابرهيم عليه السلم قال قلت له
فان رهن دارا لها غلة لمن الغلة قال لصاحب الدار وللقائل ان يقول
لا دلالة فيه لان كونه لصاحبه لا ينافي كونه رهنا وقال الشيخ في النهاية
بدخوله وبه قال المفيد وابن الجنيد وابو الصلاح وابن ادريس وابن البراج وابن حمزة وادعى
ابن ادريس الاجماع ولم يثبت والاقوى عندي انه لا يدخل الا بالشرط قال دام ظله
وفي دخول الاس تحت الجدار والمغرس تحت الشجرة واللبن في الضرع والصوف المستجز
على ظهر الحيوان واغصان الشجر نظر اقول اما الاس والمغرس فمنشأ النظر فيهما
من حيث ان منفعتهما لا تتم الا بهما ومن انه ليس جزءا منهما والاصل عدمه ولانه لا
يدخل في البيع فلا يدخل في الرهن لانه اضعف من البيع واما اللبن في الضرع فمنشأ
النظر فيه من حيث انه في حكم الثمرة ومن انه من الفضلات غير المنفصلة الباطنة فيكون تابعا
واما الصوف المستجز فمنشأ النظر فيه من حيث انه من الاجزاء فكان كالاعضاء
ولانه كالاغصان والاوراق فيكون تابعا ومن حيث انه كالثمار لان العادة
فيه الجز للانتفاع واما اغصان الشجر فالمراد منها هنا الاغصان التي تفصل
غالبا كاليابس من سعف النخل واغصان الخلاف ومنشأ النظر فيها من حيث
اعتياد قطعها فصارت كالثمرة ومن انها اجزاء فيكون تابعة والضابط
انه يدخل في الرهن ما يدل عليه اللفظ بالمطابقة والتضمن من الاجزاء الحقيقية والعرفية
وما لا يمكن وجود المرهون الا مصاحبا له وهو شرط وجوده فان

المرتهن يستحق مطالبته وان لم يحل حقوقه ولا يدخل في الرهن لان الرهن للاستيثاق يتوقف
على استمرار وجوده مملوكا وامكان بيعه ما دام الرهن ولا يتم الا بذلك ولا اصل
فيه ان ما ينافي الشرط ينافي المشروط واثبات احد المتنافيين يوجب انتفاء الآخر
قال دام ظله والاقرب جواز اجبار الراهن على الازالة اقول وجه القرب
ان بقاء ما لم على الرهن تصرف فيه وهو ممنوع منه كالمتاع للذي وضعه في الدار
ولتضرر الاصل بالثمرة ويحتمل عدمه للاصل ولانه تصرف في المنافع وهي لم تدخل
في الرهن ويفرق بينه وبين المتاع بان اصل كون المتاع منه فهو سبب في بقائه فان فاعل
الحدوث سبب ما للبقاء فهذا البقاء منه وليس كذلك الثمرة فانه ابتداء له وليس
منه ويمنع تساويهما فلا يلزم من وجوب ازالة الاول وجوب ازالة الثاني والحق عندي
وجوب ازالتها عند انتهائها عادة قال دام ظله ولو رهن ما يسرع تغيره
كالبقلة مثلا قبل الادخار فصح ان كان الحق يحل قبل فساده او بعده اذا كان لم
يضر على رأي اقول والاصح في المبسوط ان كان الحق متأخرا او الاجل يحتمل
مع اختلاط الرهن بحيث لا يتميز بطل لتعذر الاستيفاء منه لجهله ولانه
يصدق كلما صح رهنه صح بيعه عند الاجل ويلزمه كلما لم يصح بيعه عند الاجل
لم يصح رهنه وهذا لا يصح بيعه عند الاجل لجهله واختار المصنف الصحة ويكون
حكمه حكم الاملاك الممتزجة وهو الاقوى عندي قال دام ظله ولو حكم
في بدل الرهن للراهن فان امتنع فالاقرب ان للمرتهن ان يخاصم اقول وجه القرب
تعلق حقه بها فكان له المطالبة بها ولانه لو لم يكن له المطالبة لم يكن له المطالبة
اذا كان الجاني سيده والتالي باطل فالمقدم مثله بيان الملازمة انه لو لم يكن
المطالبة الا للمالك لا للمرتهن لم يكن له مطالبة المالك اذا كان جانيا لانه
لا يستحق على نفسه فلا يطالب نفسه ولان حقه اما ان يتوقف تعلقه وبقاء
مطالبته بها على قبض المالك واستحقاق المالك لها او لا والاول يستلزم عدم
مطالبة المالك لعدم استحقاق المالك على نفسه وان كان الثاني فهو
المطلوب وبيان بطلان التالي الاجماع ويحتمل ضعيفا عدمه لانه اثبات لحق
غيره والاقوى عندي الاول قال دام ظله ولو نكل الغريم حلف الراهن
فان نكل ففي احلاف المرتهن نظر اقول ينشأ من ان اثبات حق المرتهن مع
عدم ملكية المالك لها مما لا يجتمعان والثاني ثابت فينتفي الاول واما
الثاني فلان الرهن هنا تابع لملكية الراهن لا يمكن ثبوته بدونها وكل
تابع

تابع كذلك فوجوده مع عدم المتبوع لا يجتمعان صدقا ضرورة واما ثبوت الثاني
وهو عدم ملك الراهن فلانه لو ثبت لملك بيمين غيره وهو محال لما تقرر عندهم
ومن حيث ان له حقا لا يمكن اثباته الا بيمينه ولا يجوز ابطال الحق والاقوى
الاول لان الرهن متأخر عن ملكية الراهن ولا يمكن تقدمه عليه قال
دام ظله فان عفا الراهن فالاقرب اخذ المال في الحال لحق المرتهن فان انفك
ظهر صحة العفو والا فلا اقول وجه القرب انه جمع بين الحقين ولانه لا مانع
الا حق المرتهن فاذا انفك انتفى المانع والتحقق اذ الامور العدمية لا توصف
بانها موقوفة بل يكون مراعاة وما يدل على صحتها كاشف والكاشف هو دليل
على سبق العلة المؤثرة التامة ولنا الموقوف عليه فهو من تمام العلة اعني علة
الصحة او اللزوم ولهذا قال المصنف ظهر صحة العفو ويحتمل بطلانه لان الراهن
ممنوع من التصرف في الرهن شرعا ومعنى المنع بطلان تصرفه لانه لا اثم فانه لا منع
الا به ولان حق المرتهن وصحة تصرف الراهن بغير اذنه شرعا متنافيان وحق المرتهن
متعلق به فلم يصح عفو الراهن عنه كهبة الرهن نفسه قال المصنف ويحتمل
صحة العفو وتضمين الراهن للجاني مع عدم الفك لان ماله ذهب في قضاء
دينه فلزمه غرامته كما لو استعاره للرهن قال دام ظله ولو ابرأ المرتهن
لم يصح والاقرب بقاء حقه الى الراهن اقول وجه القرب ان ثبوت الحكم
اما بالنص عليه او باثبات علته او ملزومه والكل منتف اما الاول فلانه
لم يصرح باسقاط حقه واما الثاني فلان ابراء المرتهن لا يستلزم لانه تصرف في
ملك الغير فلم يثبت العلة فلم يقع نفسه واما الثالث فظاهر اذ لا ملزوم
هنا ويحتمل السقوط لان ابراءه ابلغ في اسقاط حقه من الصيغة المصرحة
به لانه حكم بنفي العلة التي هي استحقاق المال في ضمنه والحكم بانتفاء العلة
ابلغ في نفي المعلول وهو تعلق حق الرهانة به من الحكم بنفسه خاصة اعني
دون الحكم بنفي علته لان الاول لمي قال دام ظله ولو ادى بعض الدين بقي
كل المرهون رهنا بالباقي على اشكال اقربه ذلك ان شرط كون الرهن رهنا
على كل الدين وعلى كل جزء منه اقول ينشأ من ان كل واحد من الاجزاء
اما ان يكون مرهونا اولا والثاني محال قطعا والاول اما على جزء نفسه البقية

من الدين حاصلاً وعلى كل الدين والاول باطل والا لكان اذا اتلف جزء من المرهون
لا يبقى الباقي رهناً الا على جزء يقتضيه الحساب وهو باطل قطعاً فتعين الثاني وهو
المطلوب ويحتمل عدمه لانه انما نص في الرهن بالمجموع على المجموع والاصل
عدمه في الاجزاء ولم ينص عليها فلا يثبت على المجموع ولا بد وان يكون مرهونه
فيكون بالاجزاء على حسب ما يقتضيه الحساب والاقوى عندي اختيار المصنف
وهو انه ان شرط رهنه على كل جزء في العقد كان كذلك والا فلا لتقسط
قال دام ظله ولو دفع احد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على اشكال
اقول منشاؤه انفراد كل بملكه وحصته من الدين ومن انه لم يكن قبل ذلك
كذلك وهذه المسألة مبنية على المتقدمة **قال** دام ظله اما لو تعلق الدين
بالتركة فادى احدهما نصيبه فالاقرب انفكاك حصته اذ لا رهن حقيقي هنا
اقول ويحتمل عدمه لانه لا ميراث الا بعد اداء الدين كله
قال دام ظله فاذا قال المالك بع الرهن لي ثم استوف الثمن لي ثم اقبضه
لنفسك فالاقرب صحة الجميع الى آخره **اقول** وجه القرب ما تقدم
في جواز تولي طرفي القبض في البيع وهذه المسألة قد تقدمت **الفصل**
السابع في التنازع **قال** دام ظله ولو ادعيا على واحد رهن
عبد عنده فصدق احدهما خاصة فنصفه مرهون عند المصدق
فلو شهد للآخر فاشكال ينشأ من تشارك الشريكين المدعيين حقاً فيما
تصدق المدعى لاحدهما او لا فان قلنا بالتشريك لم تقبل والا قبلت **اقول**
هذا ابني في باب الدعاوى ونقول هنا انهما متساويان في كل جزء يعرض ليس
احدهما اولى به من الآخر ولا يستحقان كل منهما النصف مشاعاً من غير مشاركة
لسماع دعواه وصحة وسته فيه فالحق الاول **قال** دام ظله ولو
اختلفا في متاع فادعى احدهما انه رهن وقال الآخر المالك وديعة
قدم قول المالك مع اليمين على رأي **اقول** ما اختاره هنا مذهب الشيخ
في النهاية والخلاف والمبسوط وابن البراج وابن ادريس للاصل وقال الصدوق
في المقنع والشيخ في الاستبصار على صاحب الوديعة البينة فان لم يكن
له استحلف صاحب الرهن لقول ابي عبد الله عليه السلام لما سئل عن
متاع في يد رجلين يقول احدهما استودعتكه والآخر يقول
هو

هو رهن القول قول الذي يقول انه رهن عندي الا ان يأتي الذي ادعاه انه اودعه
بشهود والاقوى الاول لعموم قوله عليه السلام واليمين على من انكر ولان الرهن
خلاف الاصل لانه حادث والاصل بقاء العدم الازلي **قال** دام ظله اما
لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن فقال المشتري بل الجارية احتمل
تقديم قول الراهن وهو الاقوى والتحالف وفسخ البيع **اقول** وجه القوة
خروج الجارية بانكار المرتهن ونفي التداعي في العبد والقول قول منكر
الرهن ولانه لا يمين على منكر رهن الجارية لانه لا يعقل يمين على ما يلغى في
تحقق مقتضى الانكار بنفس الانكار فيبقى العبد والقول قول الراهن
فيه ووجه التحالف ان الثمن يختلف باختلاف الشرط فكان كالاختلاف
فيه والاصح الاول **قال** دام ظله ولو قال انه عند التسليم احد الدينين
احتمل التوزيع وان يقال له اصرف الاداء الآن الى ما شئت **اقول** وجه
الاول انه قد وقع صحيحاً فليس احدهما اولى من الآخر ولانه قد ملكه
ملكاً تاماً فاما تعيينها او عن احدهما بعينه او لا عن احدهما او عن احدهما
لا بعينه والكل باطل الا الاول لاستحالة الترجيح بلا مرجح وملك المقتضي
به مع عدم زوال المقتضي عن الذمة ولانه ان لم يزل عن حصته شيء منهما
لزم المحال والا كان هو المقتضي عنه ووجه الثاني انه تصرف اختياري
له من غير توقف على اختيار احد وهو غير متوقف على غير الاختيار والدفع
فيفعله متى شاء **قال** دام ظله وكذا نظائره كما لو تبايع مشركان درهماً
بدرهمين ثم سلم مشتري الدرهم درهماً ثم اسلما فان قصد تسليمه عن الفضل تعلمه
الاصل وان قصد عن الاصل فلا شيء وان قصدهما وزع وسقط ما بقي من
الفضل وان لم يقصد فالوجهان **اقول** الوجهان التوزيع وان يقال له
اصرف الاداء الى ما شئت كالمتقدم **قال** دام ظله ولو كان لزيد عليه
مائة ولعمرو مثلها وكلاهما يقبض لهما فدفع المديون لزيد او لعمرو
فذاك والا فالوجهان **اقول** الوجهان احتمال التوزيع وان يقال له
اصرف الاداء الى ما شئت **قال** دام ظله واذا اخذ من المماطل قهراً
فالاعتبار بنية الدافع ويحتمل القابض ولو فقدت فالوجهان **اقول**
وجه الاول ان تعيين الجهة اليه لا الى القابض ووجه الثاني انه

بالمنع والاجبار لم يعتبر قصده وكان الاعتبار بقصد القابض كتبيان الزكاة والخمس
لعدم خروج الحق عنهما ووجه الثالث ان للقابض الاعتبار بنيته لانه ليس
له التعيين والقهر اسقط اعتبار المقبوض منه فبقي بلا نية فيحتمل التوزيع
وان يقال له اصرفه الآن الى ما شئت لما تقدم قال دام ظله
ويقدم قول الراهن في عدم الرد مع اليمين وفي قدر الدين على رأي اقول
الخلاف في الخلاف في قدر الدين ومما اختاره هنا قول الشيخ في النهاية والمبسوط
والخلاف والصدوق وابي الصلاح وابن حمزة وابن ادريس وابن البراج للاصل
وقال ابن الجنيد يقدم قول المرتهن ما لم تزد دعواه عن القيمة والقول على العلم
لما يشتمل على الرهن اذا ادعى زيادة الدين يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن لانه امينه
وفي المستند ضعف والاول اقوى قال دام ظله ولو اعترف الراهن انه
فقدم قول المرتهن مع اليمين فان سمع فلا شيء للمقر له ولا يضمن الراهن ويحتمل الضمان
مع تمكنه من فكه اقول اذا اعترف الراهن بجناية العبد المتاخر عن الرهن
وانكر المرتهن فالقول قول المرتهن مع اليمين صيانة في الدين ولا اتفاق على
الراهن لانه لم تقوته على المجني عليه ويحتمل ضمانه لانه قد يأذن به دينه مع
استحقاق المجني عليه والاول اقوى عندي اقوى قال دام ظله اما لو اقر
في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه انه لا يلتفت اليه اقول اذا اقر
الراهن بالاقباض ثم حضر وادعى الغلط في اخباره ما لعقبه فاما ان يكون اقراره
في غير مجلس الحكم او فيه فان كان الاول سمعت دعواه وكان القول قول
المرتهن مع اليمين وان كان الثاني فاما ان يكون اقراره جوابا بعد توجه
الدعوى عليه او لا فان كان الثاني سمعت وكان القول قول المرتهن وان كان
الاول فالوجه انه لا تسمع لان الاسترقاق حكم بالاقرار لاحتمال التاويل ولا سقاط
وجه سماع الدعوى وهو احتمال المواطاة والعادة فان اقراره في جواب
الدعوى عند الحاكم لا يحتمل كونه مواطاة ولا العادة في رسم القبالة ذلك
ولا شك في الخصام بسبب القبول فيها اذ الاصل ان لا يسمع بعد الاقرار
الانكار بل الدليل قائم على امتناعه لانه اثبات لحد النقيضين فيسمع الاخر
وانما سمع خلافه مع سبب ذلك الاجماع على الحصار في المواطاة والعادة
رسم

رسم القبالة ويحتمل ضعيفا السماع لامكان النسيان وليس بجيد قال
دام ظله ولو قال الراهن اعتقته الى قوله ولو نكل فالاقرب جواز احلاف
المقر له لا الراهن اقول وجه القرب ان الحق له والراهن لا يدعي لنفسه
شيئا وقد تقرر انه لا يجوز للانسان ان يحلف لاثبات حق لغيره ويحتمل الراهن
ليتخلص من الضمان قال دام ظله ولو نكل المقر له احتمل الضمان لاعترافه
بالحيلولة وعدمه لتقصيره بالنكول مع تمكنه من المقر باقراره والمرتهن بنكوله
وغرامته للعبد بفكه من الرهن عند الحيلولة فان تعذر وسع وجب فكه بالقيمة
مع البذل وبالازيد على اشكال اقول اذا رهن عبدا ولزمه الرهن ثم اقر
بعتقه او بغصبه او بجنايته فان صدقه المرتهن فالبحث وان تعذر جوابه كأن
مات ونحوه بنى على الغرم للمقر قطعا للمقر له وان كذبه المرتهن فادعى المقر له عليه
حلف المرتهن فان نكل حلف المقر له على ما اخترناه في المسألة السابقة فان نكل
فهل يغرم المقر للمقر له فيه احتمالان ذكر المصنف وجههما والحق عندي
الغرامة لان اليمين تجدد وقد فلم يمكنه الا بارتكاب بجحود ولا يلزم تعلق
القول بالغرم تقول له صور احدها الغصب فيضمن القيمة ولو عاد فله
المغصوب منه وقال بعض لكل منفعة تجددت للعبد وهكذا الى ان يفكه او
بموت العبد كان له ذلك وثانيها الجناية فيغرم اقل الامرين من القيمة و
الارش عندنا وعند الشيخ الارش وثالثها العتق فنقول يجب عليه
فك الرهن باداء الدين فان تعذر وسع في الرهن وجب افتكاكه فان بذله المشتري
بقيمته او باقل يجب فكه وان بذله بالازيد ولو باضعاف قيمته فالاصح وجوب
فكه عليه لوجوب تخليص الحر فانه لا عوض له الا التخليص ولا يمكن الا بالازيد
من القيمة وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب واحتمال عدمه لامكان استلزامه
الضرر بان يحيط بمال الراهن والضرر منفي بحديث ضعيف ويتفرع على هذا
انه لو اعتق لم يضمن الا المنافع التي لم يستوفها لا الكسب لان منافع الحر لا تضمن بالفوات
واوردت على المصنف دام ظله ان ضمان منافعه للحكم شرعا بملك العبد لها
والا لزم اجتماع الامرين انما يملكه العبد نفسا وليس للمولى التصرف فيه وهو
باطل اتفاقا واما ان يملكها المشتري فان غرمنا المقر تسلسل والا
انتفت فائدة الغرم اجاب دام ظله بانه لغرمها ويحتسبه الحاكم

... لامور ثلثة اما لما يتبع به العتق تعدّيا لحق كل الجنايات وحتى يعتق العبد
او يموت فيرثها الامام او وارثه الحر ان كان لان الاقرار ما يلزم اقرار
ما للاثم قال دام ظله وان كونت بالقيمة او بالارش مع عدم التخلص الا به
وجب على المولى تخليصه به وان يبقى العبد ضمن الاجرة خاصة على الاقوى بخلاف
الميراث اقول وجه القوة ان الاجرة قيمة المنفعة المستوفاة وكل منفعة
مستوفاة من الحر تضمن ولا تضمن ما ادى من مال الكتابة لانه دفعه بغير اذنه في
فك نفسه لم يدخل تحت ضمانه فان دفعه الحر لا تضمن ويحتمل ضمان اكثر الامرين من
الاجرة ومما ادى في الكتابة لانه دفعه لنجاته نفسه في فك رقبته بسبب في اتلافه
والمباشر هنا ضعيف والسبب اقوى كما لو قدم الغاصب الى المغصوب منه
طعامه مع جهله فاكله والفرق بين ما اخذه مولاه من كسبه وبين ما
دفع في مال الكتابة لان ما اخذه مولاه من كسبه فهو مولاه عليه بسبب
منه شرعي ظاهرا لانه موجب بغير اختيار العبد والسبب الشرعي ظاهرا
كالمباشر في الاتلاف كالشهود في القتل فانهم يقتلون لا الحداد وها هنا
الكتابة المعقودة قبل يكن المولى سببا تاما فيه ويحتمل اقل الامرين لانه انما
ان كان المدفوع اقل فهو الذي تلف بفعله لا غير وان كانت الاجرة اقل فهي المنفعة
المستوفاة ولا تضمن الحر باليد عليه ولا ما ادى فداه عن رقبته كما لو سلمه
الى غاصب غيره فافتك نفسه من الباقي قوله بخلاف الميراث انه لو ... يريد
بذلك ان يبين الفرق بين مال الكتابة وبين ما ادعى في فك رقبته لو مات مورثه
ولم يخلف وارثا غيره وخلف تركة فانه يضمن العين لانه اداه الشارع فيما
وجب عليه شرعا ظاهرا بسببه فلم يتحقق فيه تبرع اصلا ولا قصور الاجرة هنا
والمحتمل هنا عدم ضمانه لما دفع المقصد الثالث الحجر قال دام ظله
الانبات بالشعر الخشن على العانة الى قوله والاقرب انه امارة اقول
هذا اختيار الشيخ في المبسوط قال بعض الناس انه بلوغ واحتج المصنف
بقوله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستاذنوا وقوله تعالى والذين
لم يبلغوا الحلم منكم وقول النبي صلى الله عليه وآله رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم
ولان البلوغ غير مكتسب والانبات يستعجل بالمعالجة فهو مكتسب وقوله
تعالى

تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا
اليهم اموالهم جعل غاية المنع بلوغ النكاح وعلق دفع المال على بلوغ
النكاح والرشد وحصوله على التدريج والبلوغ آني وما هو على التدريج
لا يكون علة للآني قال دام ظله وبالسن وهو بلوغ خمس عشرة سنة
في الذكر وتسع في الانثى وفي رواية اذا بلغ الصبي عشر سنين جازت
وصيته وصدقته واقيمت عليه الحدود التامة اقول دعا انه بلوغ العشر سنين
هي رواية الصدوق في الصحيحة عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن الصادق عليه السلم
انه قال اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته وروى زرارة عن الباقر
عليه السلم انه قال اذا اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله اذا اعتق
او تصدق او اوصى على حد معروف وحق فهو جائز وعمل كثير من الاصحاب
بهاتين الروايتين وابن ادريس منع الجميع وهو الصحيح قال دام ظله
وفي اخرى خمسة اشبار اقول هذه رواية السكوني عن الصادق عليه السلم
في رجل وغلام اشتركا في قتل رجل فقتلاه فقال امير المؤمنين عليه السلم اذا
بلغ الغلام خمسة اشبار اقتص منه واذا لم يكن قد بلغ خمسة اشبار قضي بالدية
قال دام ظله وفي صحة العقود حينئذ اشكال اقول ان ظهر رشده حال
العقود صحت العقود قطعا وان ظهر سفهه او لم يتبين شيء بعد فهل يحكم
بصحة العقود اولا والاشكال في هذين الموضعين لا غير ومنشاؤه ان السفيه بطلان مع
يصح تصرفه باذن المولى وهذه العقود ماذون فيها شرعا ومن حيث تصرفات
السفيه وهذا سفيه واليه ذهب الشيخ وابن البراج ومنعا صحة الاول
وفي المجهول الحال انه كان محجورا عليه شرعا ولم يعلم المزيل للحجر والاصل
بقاء ما كان على ما كان فالمقتضي للبطلان موجود والمانع لم يتحقق قال
دام ظله والوجه ان له استيفاء القصاص وله العفو على مال لا مطلقا
اقول قال الشيخ ليس له القصاص واحتج المصنف بانه قائم مقامه
ولانه منصوب لاستيفاء حقوقه واحتج الشيخ بانه القصاص للتشفي
وهو لا يحصل حال الحجر ولانه انما شرع العفو او الاستيفاء والوجه
اختيار المصنف قال دام ظله وله ان ياكل بالمعروف مع فقره وان
يستعفف مع الغنى والوجه انه ياخذ اجرة المثل اقول الاول قول
الشيخ الطوسي للاية واحتج المصنف بانه عوض عمل غير متبرع

به فيتحقق الحق المتنازع مطلقا وهو الاقوى عندي **قال** دام ظله ويجب حفظ
مال الطفل واستنماؤه قدرا لا تأكله النفقة على اشكال **اقول** منشأه من
انه اكتساب والجبر ومن انه منصوص للمصلحة وهذه من اتم المصالح ولانه مفسدة
وضرر عظيم على الطفل وتصرف الولي لدفعهما وهذا مبني على ان هذا هل هو
مصلحة او اصلح وعلى الثاني هل يجب ام لا وقد حققوا ذلك في علم الكلام **قال**
دام ظله واذا تبرع اجنبي بحفظ مال الطفل لم يكن للاب اخذ الاجرة على اشكال
اقول منشأه من وجود المتبرع فيمكنه توليته فيحصل الحفظ المطلوب
من الولي شرعا بغير اجرة فلا يجوز له الاجرة لامكانه بغيرها ومن زيادة
شفقة الاب وجعل الولاية له شرعا فله اخذ الاجرة وهو الاقوى عندي
قال دام ظله وللاب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله والاقرب في الوصي ذلك
اقول وجه القرب ان الاب قد اقامه مقام نفسه ويحتمل عدمه لاصالة عدمه
والاقوى عندي اختيار المصنف **قال** دام ظله والقول قوله في الانفاق
بالمعروف على الصبي او ماله وفي البيع للمصلحة والقرض لها والتلف من غير تفريط
سواء كان اما او غيره على اشكال **اقول** لاشك ان القول قوله في الانفاق
بالمعروف لتعذر اقامة البينة في كل وقت على الانفاق وعسر ضبطه ولا في ان القول
قوله في التلف من غير تفريط للاصل ولانه اقوى من الودعي ولا في ان القول قول
للاب في ان القرض والبيع للمصلحة لانه غير متهم في حق ابنه وعليه الاتفاق و
الاشكال في غيرهما ومنشأه اصالة صحة تصرفات المسلم المالك لذلك التصرف
ولانه موضوع لفعل ما يعتقد انه مصلحة فلا يمكن اقامة البينة عليه ولان دعواه
بصلاح التصرف دعوى عدم التعدي وهو الاصل والقول قوله ومن اصالة
بقاء الملك على مالكه الى ان يثبت الناقل ولاصالة عدم الحاجة الى البيع ولعدم
خفاء المصالح والاقوى ان كل من يلزم فعله اذا ادعى عين ما يقتضي اقراره
بذلك عليه كبيع الولي ه **قال** دام ظله وهل يصح بيع المميز وشراؤه مع اذن
الولي نظر **اقول** منشأه من ان البلوغ شرط اجماعا هل في اعتبار الصحة و
صلاحيتها لترتب الحكم عليها لمساواته النائم والمجنون في رفع القلم للحديث وهو
نفي يمكن فيعم من وقوعهما باذن الولي فصار كما لو صدرا منه **الفصل الثاني**
في المجنون والسفيه **قال** دام ظله وهل يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم
ام

ام يكفي ظهور السفه الاقرب الاول ولا يزول الا بحكمه **اقول** هذا مذهب
الشيخ في المبسوط وقال ابن البراج وابن ادريس يثبت من غير توقف على حكم الحاكم
ووجه اختيار المصنف انها مسألة اجتهادية الا امارات فيها مختلفة فيناط بنظر
الحاكم احتج الآخرون بان العلة السفه ووجود العلة يستلزم وجود
المعلول ولاشتراط جواز التصرف بالرشد وزوال الشرط يستلزم زوال المشروط
ولان مع وجود السفه وعدم حكم الحاكم ان جاز التصرف لم يكن الرشد شرطا
وهو باطل بالآية وان لم يجز فالمطلوب **قال** دام ظله ولو صالح على مال فالاقرب
ثبوت المال **اقول** اقراره بموجب القصاص تصرف في غير المال وهو عاقل وكل عاقل
يقبل اقراره بما يوجب القصاص لعموم اقرار العقلاء فيلزم ولخلاص نفسه بالمال اذا
توقف عليه لان حفظ النفس اولى فجاز له الصلح ويحتمل العدم لانه يرجع على
الاصل بالابطال لان الاصل الحجر على السفيه لحفظ ماله فلو جاز تصرفه بواسطة
منه باختياره لانتفت الغاية التي شرع الحجر لاجلها وكل حكم رجع على اصله بالابطال
كان باطلا **الفصل الثالث** في المملوك **قال** دام ظله والاقرب انه لا
يملك شيئا سواء كان فاضل الضريبة او ارش الجناية على رأي وسواء ملكه مولاه
على رأي اولا **اقول** الخلاف في هاتين المسألتين قد تقدم **قال** دام ظله
ولو اذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى ان استبقاه او باعه ولو اعتقه فالاقوى
الزام المولى **اقول** هذا مذهب الشيخ في الاستبصار وابن ادريس وابن حمزة لقول الباقر
عليه السلام ان كان السيد اذن له ان يستدين فالدين على مولاه وقال الشيخ في النهاية
وابن البراج والمصنف في المختلف يلزم العبد لرواية محمد بن عجلان عن الصادق عليه السلام في رجل
اعتق عبدا له وعليه دين قال دينه عليه لم يزده العتق الا خيرا والاقوى الاول **قال**
دام ظله وليس له الاستدانة الا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له فيلزم
المولى وغيره يتبع به بعد العتق والاصح انه لا يستسعى على حاله **اقول** ما اختاره
هنا مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف وابن ادريس وابي الصلاح للاصل وقال الشيخ
في النهاية يستسعى وقال ابن حمزة ان علم المدين عدم الاذن له يتبع به بعد العتق والا
استسعى والاقوى انه لا يستسعى مطلقا **قال** دام ظله ولو اذن له المولى في
الشراء لنفسه ففي تملكه اشكال **اقول** الضمير في تملكه راجع الى المولى
ومنشأه انه اذن له في فعل محال وان تملك العبد تمليك المولى والاصل
فيه ان بطلان المركب لا يستلزم بطلان جميع المعنى والاذن في الخاص
تستلزم الاذن في المطلق للاسم لم يفد الاذن في شرائه لنفسه فقد

اذن في الشراء المطلق وبطلان الخاص استلزم بطلان المطلق للقاعدة ومن
ان الكلي لا يوجد الا في احد جزئياته وهي غير متلازمة هنا فلم يأذن في غير
هذا الباطل فلا يتحقق والباطل غير متحقق فلا يتحقق الكلي قال دام ظله
وهل يستبيح العبد البضع الاقرب ذلك لا من حيث الملك بل لاستلزامه الاذن
لانه اذن له في سائر التصرفات لان التمليك ابلغ ويحتمل عدمه لعدم محله
ويرد انه اذن له في التصرف في الثمن بالبيع وفي المثمن بعقد ذلك وصحح
قال دام ظله والاقرب ان له ان يوجر اموال التجارة اقول وجه القرب
ان المقصود بالاذن الاكتساب وهو هنا ابلغ ولان له التصرف في الاعيان
والمنافع التابعة لها ولجواز تمليكها بغير عوض تبعا للاعيان فهنا اولى ويحتمل
عدمه لعدم دلالة الاذن عليه مطابقة وتضمنا والتزاما لعدم استلزام
البيع الاجارة بل هما متنافيان والامر بالشيء يستلزم النهي عن منافيه قال
دام ظله وهل يبطل بالاباق نظر اقول ينشأ من ان الشارع نزل الاباق
منزلة الموت ولهذا يزول نكاحه عن امرأته والموت موجب للبطلان ولان الاصل
بقاء ما كان على ما كان قال دام ظله والاقرب قبول اقراره اقول وجه القرب
انه مما يتعذر اقامة البينة عليه عند كل معاملة او سؤال الحاكم ويحتمل عدم
القبول لان تملكه ملك الغير يحتاج الى ثبوت الاذن بالبينة ولانه لو ثبت الاذن
بالشياع ليثبت في الحر للتجارة طريقتها فان العبودية لانه بعد الاذن ارتفع مانع التصرف
والاقوى عندي ما استقربه المصنف قال دام ظله والاقرب قبول اقرار غير
المأذون بالحد وهل يتعلق برقبته نظر اقول ينشأ من انه هل هو مسلوب
اهلية الاقرار او الرقبة مانعة لحق الغير وهو غير المالك يحتمل الاول لان
اهليته وجوب ما عليه موقوفة على اهليته للملك والا لزم التكليف بالمحال
ويحتمل الثاني لانه لو اذن له المالك صح والاقوى عندي انه يتبع به بعد
العتق قال دام ظله ولو صدقه المولى في ذلك فالاقرب القبول اقول
وجه القرب ان العبد انما منع اقراره لحق المولى وقد صدق ويحتمل عدمه
لانه قد سلب اهلية هذا الاقرار ولا حق للمولى في نفيه والاصح عندي القبول

الفصل الرابع في المريض

قال دام ظله ويحجر على المريض في التبرعات
كالهبة والوقف والصدقة والمحاباة ولا يمضي الا من ثلث تركته وان كانت
منجزة

منجزة على رأي اقول هذا قول الصدوق وابن الجنيد ومفهوم قول الشيخ
في الخلاف وقال في النهاية والمفيد في المقنعة وابن البراج وابن ادريس انها تخرج
من الاصل لنا ما رواه شعيب بن يعقوب في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلام
عن الرجل يموت ما له من ماله قال له ثلث ماله والمرأة ايضا وما في الاستفهام
للعموم ولعدم اجتماع خروج الوصايا من الثلث لحق الورثة مع خروج المنجزة
من الاصل على الصدق لاشتراكهما في الموجب وهو عموم قوله عليه السلام
المريض محجور عليه الا في ثلث ماله ويحفظ المال على الورثة ولجواز ان تعولا الى ٣
المنجزة فتختل حكمة حصر الوصية في الثلث والمقدم حق بالاجماع والاخبار المتواترة فا
لتالي باطل واحتجوا بانه مالك تصرف في ملكه فيصح والجواب منع كلية الكبرى
وجزئيته لا ينتج في الاول قال دام ظله واقراره كذلك ان كان متهما والا فمن الاصل
سواء كان للاجنبي او للوارث على رأي اقول هذا اختيار الشيخ في النهاية وتبعه ابن
البراج ورواه الصدوق في كتاب من لا يحضره الفقيه وقال في المقنع انه يمضي في
حق الوارث من الثلث ولم يقيد بالتهمة وقال المفيد يمضي من الاصل مطلقا وهو
اختيار سلار وابن ادريس وجعله ابن حمزة من الاصل في حق الاجنبي ومن الثلث في
حق الوارث مع التهمة الا ان يقيم الوارث البينة على صحة مدعاه احتج
المصنف برواية العلاء بياع السابري قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن امرأة
استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت ان المال الذي دفعت
اليك لفلانة وماتت المرأة فاتى اولياؤها الرجل وقالوا انه كان لصاحبتنا مال
ولا نراه الا عندك فاحلف لنا ما قبلك شيء افيحلف لهم فقال ان كانت مأمونة عنده
فليحلف وان كانت متهمة فلا يحلف ويضع الامر على ما كان فانما كان لها من مالها
الثلث احتج ابن بابويه على قوله في المقنع برواية اسماعيل بن جابر الصحيحة
قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اقر لوارث له وهو مريض بدين عليه فقال يجوز
اذا كان الذي اقر به دون الثلث والجواب المراد اذا كان متهما للجمع بين
الاخبار قال دام ظله واذا مات حل ما عليه من الديون دون ماله على رأي
اقول هذا قول الشيخ في المبسوط والخلاف وقال في النهاية يحل ماله وبه
قال ابو الصلاح وابن البراج والطبرسي لنا الاصل بقاء الاجل احتج
الشيخ بما رواه ابو بصير قال قال ابو عبد الله عليه السلام اذا مات

الميت حل ماله وما عليه من الديون والأصح الأول **قال** دام ظله والأقرب
الحاق مال السلم والجناية به **أقول** وجه القرب النص على انه اذا مات حل ما
عليه وما للعموم ولانه دين حل بموت من هو عليه فالأولى صيرورته فان الدين
هو المال الثابت في الذمة والثانية لعموم النص على انه يحل الديون التي عليه ويحتمل
العدم اما في السلم فلان الأصل حرمة الثمن بتفاوت بتفاوته ولهذا كان من أسباب
الربا فلو حل بموته لاستحق زيادة ليست له واما في الجناية فلان الدية هي المعدل
المؤجل والعدل الحال لانه غير الدية ولتعارض العمومين والمراد بالجناية هنا ما يجب
على الجاني لا العاقلة لان سبب الوجوب على العاقلة مضي السنة ولهذا لو مات قبله
لم يجب عليه والأصح عندي انه الحكم في السلم **قال** دام ظله وهل هو كتعلق الارش
برقبة الجاني او كتعلق الدين بالرهن احتمال **أقول** وجهه وجود خواص كل منها فانها
كونه من غير اختيار المالك وسقوطه بتلف المتعلق بغير سببه وليس
لصاحب الحق الا أقل الأمرين من قيمته وحقه ولا شيء من الرهن كذلك وانه بسبب
دين في ذمة المالك الحر وان التركة باقية على حكم مال الميت ما دام الدين لم يقض
وبراءة المديون بالأداء منه ولا شيء من ارش الجناية كذلك والأصح عندي
انه تعلق برأسه مغاير لهما ولا يلزم من الاشتراك في صفة الاشتراك في الماهية
قال دام ظله وهل يشترط استغراق الدين اشكال اقربه ذلك **أقول** وجه
القرب انا انما منعناه حفظ المال للديان وهو يحصل بمنعه من قدر الدين
ولانه انما يمنع في قدر ما يجب اخراجه من التركة ويحتمل عدمه لجواز تلف ما
زاد عن قدر الدين ولقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين فلا ميراث
الا بعد اداءه والأصح عندي انه يمنع مطلقا لان الدين متعلق بكل
التركة وبكل جزء منها **قال** دام ظله فان تلف الباقي قبل القضاء ضمن
الوارث وان اعسر فالوجه ان للديان فسخ تصرفه **أقول** وجه ذلك ان تصرفه
انما جاز بشرط الأداء ويحتمل عدمه لسقوطه والصحيح الأول على تقدير
الجواز والحق عندي المنع من التصرف مطلقا والضمان بالتصرف لم يكن اولاً
قال دام ظله وعلى القول ببطلان تصرف الوارث لو لم يكن في التركة دين ظاهر
فتصرف ثم ظهر دين بان كان قد باع متاعا واكل ثمنه فرد بالعيب او تردى
في بئر حفرها عدوانا او ترد حيوانه بعد موته احتمل فساد التصرف
لتقدم

تكرر

لتقدم سبب الدين ح ثابتا بالفعل وسبب منع التصرف ومنع ملك الوارث لتمام هو
الدين حقيقة بالفعل ولم يحصل وامكان الجناية لا يكفي في وجود المسبب بالفعل وفي
تجدد الدين على الميت منع وهو الأقوى عندي **قال** دام ظله وهل يتعلق حقوق
الغرماء بزوائد التركة كالكسب ونتاج الدابة والثمرة اشكال اقربه المنع **أقول**
وجه القرب انه بالموت ينتقل الى ملك الوارث فيكون له اما الأول فلانه حين
الموت اما ان لا يبقى مملوكا اصلا وهو محال او مملوكة للديان وهو محال ايضا
او للميت وهو محال لعدم قبوله الملك فتعين الوارث وهو المطلوب واما الثاني
فان تعلقه كتعلق الرهن وان نماء الرهن يدخل لانه متعلق هنا عنده ويحتمل
التعلق لانها على حكم مال الميت لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين ولتبعية
النماء الأصل والأصح الأول **قال** دام ظله ويحتسب من التركة الدية
في الخطأ والعمد ان قبلها الوارث ولا يلزمه ذلك وان لم تف بالدين على رأي **أقول**
هذا قول ابن ادريس ومنع الشيخ في النهاية من استيفاء القود الا بعد ضمان
الورثة الدية وجوبا للعفو وهو اختيار ابي الصلاح وابن البراج وقال الطبرسي
ان بذل الجاني الدية لم يكن لهم القود الا بعد ضمان الدين والأخبار من غير
ضمان لنا ان موجب العمد القصاص وانما تثبت الدية صلحا ولا يجبر على الدية
احتج الشيخ برواية عبد الحميد بن سعيد قال سألت ابا الحسن الرضا عليه السلم
عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا فاخذ اهله الدية من قاتله اعليهم ان يقضوا
الدين قال نعم قلت وهو لم يترك شيئا قال انما اخذوا الدية من قاتله فعليهم ان يقضوا
الدين وهو غير دال على محل النزاع لاحتمال ان يكون القتل خطأ ولان السؤال
وقع عن اخذ الدية لا مطلقا **المقصد الخامس** في المفلس وفيه مطالب **المطلب الثاني**
في المنع من التصرف **قال** دام ظله انما لو صادف المال في الحال فان كان مورده
عين مال كالهبة والبيع والرهن والعتق احتمل البطلان من رأس والايقاف
أقول احتمالان ابن الجنيد الأول ونقل الشيخ القولين في المبسوط وقوى
الأول لانه منع من التصرف بالحجر ووجه الثاني انه لا يقل من الفضولي والراهن
والأصح الأول **قال** دام ظله ولو باعه عبدا بثمن في ذمته بشرط الاعتاق فان
ابطلنا التصرفات فالاقوى بطلان البيع **أقول** وجه القوة انه موقوف
على شرط لا يمكن حصوله منه ويحتمل الصحة لعدم استلزام بطلان

[illegible]

الشرط بطلان البيع عند الشيخ الطوسي رحمه الله وعلى مذهبنا لا يمنع إلا من التصرف
في ملكه الذي لم يتعلق به حق غيره فيتعين فيه وهو إنما ملكه على هذا
الشرط ولأن نسبة عتقه إلى حق الديان كنسبة عدمه إليه فإنه مع العتق لا
يتعلق حقهم به وكذا مع عدمه لاسترجاع البائع إياه فهما سواء في النسبة فلو بقي
حقهم بالعتق لبقي بعدمه لكن حقهم بات فينتفي التقييدان **قال** دام ظله
والأجاز العتق ويكون موقوفا فإن قصر المال احتمل صرفه في الدين لا رجوعه إلى البائع
والأقوى صحة عتقه في الحال **أقول** وجه الاحتمال الأول أنه ملكه ولا نقض عتقه
لأنه إنما لم يملك بغير عوض ولا نقض منه ولا يرجع إلى البائع باعتبار اختلال الشرط
لأن المشتري غير متمكن منه وتبعه إياه حال الحجر ووجه القوة أنه من حين ملكه إنما
ملكه بشرط الإعتاق فهو في التحقيق غير مصادف للمال والمراد بقوله ويكون
العتق موقوفا أي مراعى **قال** دام ظله وكذا الإشكال لو أقر بعين لكن مع القبول
يسلم إلى المقر له وإن قصر الباقي **أقول** قوله وكذا الإشكال عطف على قوله ولو
أقر بدين سابق لزمه وهل تقدم على الغرماء إشكال ينشأ من تعلق حقهم بماله كالمرتهن
ومن مساواته للإقرار بالبينة ولا تهمة فيه هذا لفظ المصنف فالإشكال في إقراره بالعين
هل يقبل في حق الغرماء إشكال ينشأ أيضا مما ذكر وعموم النص يدل على القبول
لقوله عليه السلام إقرار العقلاء على أنفسهم جائز ويمكن أن نفرق بين الدين والعين
لأن الحجر يتعلق بماله فإقراره بدين لو قبل في حق الغرماء لساوى الغرماء لكن إقراره
كإقرار الراهن بعد الرهن برهن سابق فإنه لا يقبل وأما العين فلم يثبت أنها ماله
قال دام ظله ومع عدم القبول إن فضلت دفعت إلى المقر له وإلا دفع بخلاف
البيع فإن فيه إشكالا **أقول** الإشكال كما تقدم في أن تصرفاته هل تقع باطلة
من الأصل أو موقوفة **قال** دام ظله وكذا الإشكال لو ادعى أجنبي شراء عين في يده
من قبل الحجر فصدقه **أقول** منشأ الإشكال ما تقدم **قال** دام ظله ولو قال
هذه مضاربة لغائب قيل يقر في يده ولو قال لحاضر فصدقه دفع إليه وإلا قسم **أقول**
قال الشيخ في المبسوط يقبل إقراره مع اليمين فإذا حلف يقر في يده للغائب
والغرماء لا يتعلق لهم بها وفيه نظر لأنه يمين لإثبات مال الغير وهو إقرار في
حق الغرماء **قال** دام ظله وتصرف من باعه بعد الحجر بالثمن إن كان عالما
ويحتمل

ويحتمل

ويحتمل في الجاهل بالحجر الضرب والحصاص وتعين ماله والصبر وكذا القرض **أقول**
وجه الأول أنه أدخل في معاملته ما لا علم بكونه ضائعا بل في التحقيق لم
يكن أخرج لها ووجه الثاني عموم قوله عليه السلام من وجد عين ماله كان أحق
بها ووجه الثالث أنه دين حدث بعد الحجر برضا مستحقه **قال** دام ظله ولو
وطئ غيرها من إمائه نظر **أقول** ينشأ من أنه تصرف معرض للإتلاف ومن أنه
لا يقتضي إخراج ملك **قال** دام ظله فإن نكل ففي إحلاف الغرماء إشكال
وكذا لو كان الدين لميت **أقول** قال الشيخ لا يحلف الغرماء لأنه لا يمين لإثبات
حق الغير وقال ابن الجنيد يحلفون لتعلق حقهم به والأقوى قول الشيخ رحمه الله

المطلب الثالث في بيع ماله وقسمته **قال** دام ظله فإن اتفق في طريق
سفره فالأقرب للإجراء الحجر ووصوله **أقول** وجه القرب ودفع الدابة
المؤدي لحفظها إلى الهلاك ويحتمل ضعيفا العدم لعدم النص عليه والصحيح
الأول **قال** دام ظله فإن ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة
تقتضيه الحساب ويحتمل النقض **أقول** منشأ الاحتمالين أنها هل هي قسمة حقيقية
أو قضاء دين ويبنى ذلك أن الدين هل يتعلق بالتركة تعلق الدين بالرهن أو الجناية
برقبة العبد فإن قلنا أنه تعلق الدين بالرهن كان قضاء فرجع بحصة يقتضيها
الحساب لأنه يكون بمنزلة صاحب الدين إذا أخذ أكثر مما يستحقه فيرجع بالزائد
خاصة وإن قلنا تعلق الجناية برقبة العبد فهي قسمة حقيقية فيبطل لأنها قسمة
الكل بين بعض المستحقين وفائدة الخلاف تظهر في مسائل منها أنه إذا تصرف
أحدهما في نصيبه ومنها وجوب الزكاة على الغائب إذا بلغ ما بعد الحصة
التي تقتضيها الحساب النصاب ومنها أنه إذا أتلف أحدهم ما أخذه وكان
معسرا لا يمكن الرجوع عليه بشيء البتة فإن قلنا يرجع بحصة تقتضيها الحساب
رجع على الموسر بذلك القدر لا غير وإن قلنا بالنقض جعل ما في يد الآخر
كل المال وقسم بينهما دون المعسر ومنها لو زادت القيمة الآن فإن قلنا
بالنقض صرفت الزيادة في باقي الديون وإلا أخذ ما نصيبه من القسمة الأولى
وغير ذلك من المسائل والأصح عندي رجوعه بحصة تقتضيها الحساب لا غير
قال دام ظله ففي الشركة في النماء المتجدد إشكال **أقول** هذا
فرع على النقض وعدمه فإن قلنا بالنقض شارك وإلا فلا ومنشأ الإشكال

من انه هل هو دفع القسمة من اصلها او فسخ متجدد قال دام ظله ولو تلف المال بعد
النقض ففي احتسابه على الغرماء اشكال اقول هذا فرع نشأ من الضمان لصحة بحثه
والاصل قال دام ظله ولو خرج المبيع مستحقا رجع على كل واحد بجزء
من الثمن ان كان قد تلف ويحتمل الضرب لانه دين لزم المفلس والاقرب التقدم لانه من
مصالح الحجر لئلا يرغب الناس عن الشراء اقول قوله والاقرب ترجيح الوجه
الاول هو الاقوى عندي قال دام ظله وهل تباع ام ولده من غير نظر
فان منعناه ففي مواجرتها ومواجرة الضيعة الموقوفة نظر ينشأ من كون المنافع
اموالا كالاعيان ومن كونها لا تعد مالا ظاهرا والاول اقوى اقول
منشأ النظر في بيع ام الولد تعارض عموم تباع اموال المديون ولا تباع ام الولد الا في
ثمن رقبتها على ما قرروا الاقوى عدم جواز بيعها والاقوى عندي جواز اجارتها وجارى
امثالها بمثله وكذا مواجرة الضيعة الموقوفة لان المنافع اموال ولهذا يجوز
العقد المتاجرة معه قال دام ظله ولو باع من غير الغرماء بالاذن فالاقرب
الصحة اقول لانه حقهم ولصحة بيع الراهن مع اذن المرتهن فهنا اولى
ويحتمل العدم لان الحجر للحاكم وهو حكم شرعي فلا يرتفع الا بحكمه والتحقيق
ان الحجر ان كان لسلب الاهلية لم يصح كالصبي وان كان لسلب الولاية صح والاقرب صحة
بيعه باذن الغرماء كلهم قال دام ظله ولو باع من الغريم بالدين ولا دين
سواه صح على الاقوى لان سقوط الدين يسقط الحجر اقول هذا مبني على ان زوال
الحجر يتوقف على حكم الحاكم بل يزول بزوال الديون وعلى صحة البيع منه باذن الغرماء
وسقوط الدين معلول صحة البيع وهو شرط بصحة البيع فيدور المطلب الثاني
في الاختصاص قال دام ظله الخيار على الفور على اشكال اقول قال الشيخ
في المبسوط فيه قولان وجعل الفور احوط احتج القائلون بالفور بان التأخير
يفضي الى الضرر بالغرماء لافضائه الى تأخير حقوقهم فاشبه الشفعة ولانه خيار
ثبت في البيع لنقص في العوض فكان على الفور كالرد بالعيب احتج الآخرون
بانه حق ثبت في الزمان الاول والاصل بقاؤه على ما كان قال دام ظله
ولو حل الاجل قبل فك الحجر ففي الرجوع اشكال اقول ينشأ من عموم الخبر وتعلق
حق الغرماء قبله قال دام ظله اذ لم يضرب بقيمة المسلم فيه مع ملكه او راس
المال على اشكال لتعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم اقول

الاشكال

الاشكال راجع الى مسألتين آ ضربه بقيمة المسلم فيه مع تلفه ومنشأه من حيث انه
دين مستحق في ذمة المحجور عليه فيضرب بقيمته كغيره من الديون ومن حيث انه
معاوضة على المسلم فيه قبل قبضه وهو ممنوع منه كالبيع وبه قال بعض الفقهاء
ب فسخ السلم والضرب بقيمة راس المال ومنشأه من تعذر الوصول الى حقه
كما ذكره المصنف ومن حيث انه عقد لازم والمسلم فيه موجود وانما تعذر
لعيبه والاقوى عندي جواز الفسخ والضرب براس المال قال دام ظله
الثاني سبق المعاوضة على الحجر فالاقرب عدم تعلقه بعين ما لو
لو باعه عليه بعد الحجر اقول وجه القرب انه لا يستحق احد الثمن الا الان فكان
كالمؤجل ويحتمل التعلق لعموم الخبر والاول اقوى قال دام ظله
ولو باع عينا باخرى وتقابضا ثم افلس المشتري وتلفت العين التي بيده ثم وجد
لعينه عيبا فرده فله قيمة ما باعه ويضرب مع الغرماء ويحتمل التقدم لانه ادخل في
مقابلتها عينا في مال المفلس اقول وجه الاول انه دين ثابت في الذمة ولم يجد
عين ماله ولا هو من مصالح الحجر فكان له اسوة الغرماء لعموم النص بقسمة ماله بين
ارباب الديون ووجه الثاني ما ذكره المصنف وفيه نظر لان قوله ادخل في
مقابلتها عينا صغرى الكبرى محذوفة فان اخذت كلية منعت وتنتقض بالمشتري في
الذمة بعد الحجر مع علم المشتري وبالجزئية لا ينتج والاصح عندي الاول قال دام ظله
فان عاد بعوض كالشراء فان وفى البائع الثمن فكالاول والا احتمل عوده الى
الاول لسبق حقه والى الثاني لقرب حقه وتساويهما فيضرب كل بنصف اقول
ان كل واحد منهما قد وجد عين ماله فيتساويان فيه على قدر المالين وفيه نظر
لان الاول قد انقطع حقه بالبيع الثاني قال دام ظله ولو قبض نصف الثمن
وتساوى العبدان قيمة وتلف احدهما احتمل جعل المقبوض في مقابلة
التالف فيضرب بالباقي او باحد العبد الباقي وعدم الرجوع اصلا والضرب بالباقي
خاصة لا التقسيط للتصريح بالشركة اقول الاول اختيار ابن الجنيد فانه
قال ولو كان المبيع عبدين متساويين في القيمة بعشرين دينارا فقبض عشرة
ووجد احد الغلامين وقيمته يوم التفليس كقيمته يوم البيع عشرة كان
مخيرا في اخذ العبد عما بقي له او ان يدعه ويكون اسوة للغرماء لان له
التعلق بكل العين اذ بقي كل الحق فليتسلط له التعلق بالباقي من العين

للباقي من الحق وعموم الخبر ووجه الثاني ما روي عن النبي عليه السلم انه قال أيّما
رجل باع متاعاً ولم يقبض البائع من ثمنه شيئاً فوجده فهو احق به وان كان
قد قبض من ثمنه شيئاً فهو اسوة الغرماء والمقبوض انما هو عن الجميع المجموع
فينصرف بعضه الى التالف وبعضه الى الباقي لاستحالة الترجيح من غير مرجح
وقال البراج ياخذ نصف العبد الموجود ويضرب بربع الثمن مع باقي الغرما
قال دام ظله ولو افلس بعد الغرس او البناء فليس للبائع الا الارض والجميع
الارش على راي بل يباعان وللبائع مقابل الارض ولو امتنع بيعت الغروس
والابنية منفردة اقول هذا اختيار الفقيه ابي الهيثم بن سعيد لانه وضع
وضع بحق وقال في المبسوط له الازالة مع الارش لا بدونه قال دام ظله
ولصاحب الزيت الرجوع وان خلطه بمثله او اردى لا بالاجود ويحتمل الر
جوع فيباعان ويرجع بنسبة ثمنه من القيمة فلو كانت قيمة العين درهما
والممتزج بها درهمين بيعا واخذ ثلث الثمن اقول حكى الشيخ في المبسوط
ثلثة اقوال اثنان منها الاحتمالان المذكوران هنا والثالث انه يدفع عين
الزيت بقدر ما يخصه فلو كان له جرة تساوي دينارين واختلطت بجرة
تساوي اربعة يدفع اليه ثلث الزيت ورده الشيخ فانه بانه ان اخذه عوضا
عن ماله لزم الربا وان دفع بازاء الحق وسئل ترك الباقي لم يجب الاجابه
ثم اختار الاول وقال ابن الجنيد يقدم بالثمن على الغرما ووجه الاول
ان العين ليست موجودة من طريق المشاهدة ولا الحكم لاستحالة مطالبته
بالقسمة فكانت عنه كالتالف ووجه الثاني وجود عين ماله وامكان
التوصل اليها عما ذكر كالمصبوغ في الثوب وكما لو اختلط زيتان لغير
احدهما قال دام ظله ولو لم يرد القيمة فلا شركة فان الحقنا الصفة
بالاعيان انه يصح المعاوضة عليها كان للاجير على الطحن والقصارة
حبس الدقيق والثوب لاستيفاء الاجرة كما ان للبائع حبس المبيع لاستيفا
الثمن والا فلا اقول وجه الحاق الصفة بالاعيان انه يصح المعاوضة
عليها بانفرادها عن العين في الاجارة ولان الاصل المال وهي
موجوده فيها ووجه العدم انه لا تساولها اسم العين حقيقة
قال دام ظله ولو ساوى عشرة فان الحقنا الصفة بالاعيان فالزيادة
للمفلس

للمفلس فالثمر نصفان والا احتمل تخصيص البائع كالسمن فالثمرات باعا او
البسط فالثمر ايلاما اقول وجه الحاقها بالاعيان انها لو لم تلحق بالاعيان
لم تجز الرجوع بها ولانها كانت عينا فان تعيبت كذلك فالمطلوب الا
لم يجد عين ماله لانها اتلف السبب تعين وان لها قيمة فلا تضيع ووجه عدم
الالحاق انها صفات وآثار ووجه اختصاص البائع انها من الزيادات المتصله
كالسمن ووجه البسط ان الزيادة في المجموع قال دام ظله ولو
افلس قبل انقضاء الاجير اجرة القصارة فان الحقناها بالاعيان فان لم يرد
قيمته مقصورا على ما كان فهو فاقد عين ماله وان زادت فللمفلس والبائع
والاجير الرجوع الى عين ماله اقول وجه الحاقها بالاعيان لانها
تقوم وجعل الشارع له الرجوع بها لقوله عليه السلم من وجد عين ماله فلو
لم تكن المراد العين حقيقة او حكما لم يصح استدلال الفقها عليه
بهذا الخبر لكن وقع الاتفاق عليه ولا يلزم استعمال المشترك في كلي معنييه
او استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه لان المراد بالعين هنا موجود
متشخص متقوم فيكون استعمالا للفظ في مجازه ووجه الحاقها انها عدم
ليست بعين حقيقة والاصل عدم الاشتراك والمجاز المطلب السادس
في تفاصيل مباحث هذا الباب قال دام ظله لو افلس المشتري بعد جناية
العبد فالاقرب ان للبائع الرجوع ناقصا بارش الجناية او الضرب بثمنه مع
الغرماء ولا يسقط حق المجني عليه من اخذ العين اقول ان الجناية حق
يمنع الملك فلم يمنع الرجوع فيه كالدين في ذمته وانما يرجع ناقصا لان حق الجناية
مقدم ولا يمنع المجني عليه من اخذه لان حقه مقدم ويحتمل عدم الرجوع
لان تعلق الرهن به يمنع الرجوع وهذا اقوى فهو بالمنع اولى قال
دام ظله والاقرب تقدم حق الشفيع على البائع لسبق حقه حيث بالعقد
من المشتري ومنع نقله اليه وسبقه ويحتمل تقديم البائع لانتفا
الضرر بالشفعة لعود الحق كما كان واخذ الثمن من الشفيع فيختص به
البائع جمعا بين الحقين اقول في هذه المسئلة احتمالات ثلثة آ
تقديم حق الشفيع ويستوي البائع والغرما في الثمن وهو اختيار الشيخ في
الخلاف وعلله المصنف بوجهين احدهما انه اقوى من حق البائع لانه
لا يزيله نقل الملك عن المشتري ويزيل حق البائع وثانيهما ان حق الشفيع
اسبق من حق البائع لانه لاحق للبيع بثانيه وحق البائع لاحق بعده

لأنه لو أسقطه لا أولا بل وما هو بالذات أسبق مما هو بالعرض بالذات ب تقدم
الشفيع بالعيب وقول البائع بالبطلان النظر في تقدم أحد الحقين إنما هو مع التعارض
وهو إنما يتحقق مع امتناع الجمع وهاهنا يمكن الجمع فلا تعارض فيعمل بهما
وحكاه في المبسوط قولا والأقوى عندي الأول قال دام ظله ولو رجع
في العبد بعد إباقه صح فإن قدر عليه وإلا تلف منه ولو ظهر بلغه قبل الرجوع
ضرب بالثمن وبطل الرجوع وتفريعه أما أنه على الإشكال أقول منشأه من أنه مقبوض
بالبيع الفاسد ومن أنه فسخ لئلا يطالبه بعوضه

المقصد الرابع في الضمان

مقدمتان أ عرف جمهور الأصحاب الضمان بأنه نقل المال من ذمة إلى ذمة وعرفه
آخرون بأنه ضم ذمة إلى ذمة فعلى الأول يبرأ المضمون عنه وعلى الثاني لا بل يتخير
المضمون له في الرجوع على من شاء منهما ولا يطرد الأول لأن ضمان العهدة
ضم عندهم أيضا فالأصل الأصل ب الإجماع على صحة الضمان وكان في
الملل الماضية لقوله تعالى وأنا به زعيم وقال النبي صلى الله عليه وآله العارية مؤداة
والدين مقضي والزعيم غارم ولأنه صلى الله عليه وآله وسلم حضر جنازة
فقال صلى الله عليه هل على صاحبكم دين قالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم
فقال علي عليه السلام هما علي يا رسول الله وأنا لهما ضامن فصلى عليه النبي صلى
الله عليه وآله وسلم ثم أقبل على علي فقال جزاك الله عن الإسلام خيرا وفك
رهانك كما فككت رهان أخيك وهذا الحكم كان في صدر الإسلام أنه عليه
السلام لم يصل على من تخلف قضاء دينه ثم نسخ بقوله النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم
وهذه الرواية تدل على أن الضمان ناقل قال دام ظله ولو شرط تأجيل
الحال صح والأقرب جواز العكس أقول وجه القرب أن الأصل ولأنه بدل
عن الأداء ويحكم البدل بحكم المبدل لتساويهما ولأنه لو لم يكن مؤجلا ويكون في الأداء
التعجيل فكذا في بدله لأن أداء المؤجل معجلا سائغ فقد شرط شيئا سائغا لا ينافي العقد
فيصح وذهب الشيخ في المبسوط إلى أنه لا يصح لأن الفرع لا يجوز أن يكون أقوى
من الأصل ولأن الحلول زيادة في الحق وهذا يختلف الأثمان به وهذه الزيادة
غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته فيكون ضمان ما لم يجب فلا يصح عندنا
والأقوى عندي اختيار الشيخ الطوسي رحمه الله قال دام ظله فيحل مع
السؤال على إشكال أقول هذا إنما يتأتى إذا كان الضمان بسؤاله
فلا

[illegible]

فلا يخلو إما أن يسأله الضمان حالا أو الضمان مطلقا ولا إشكال في
الأول وإنما الإشكال في الثاني ومنشأه من أنه أذن له في التزام الأداء
في الحال فإذا أدى كان له الرجوع في الحال لأن الأداء الآن بإذنه ولا يعني
بالحلول إلا ذلك ولأن أداء الضامن بسؤاله هو الموجب لثبوت المال في ذمة المضمون
عنه لا براءته من المضمون له بمجرد الضمان فيكون أداء الضمان بمنزلة الاستدانة فلا
يكون مؤجلا ومن أنه مؤجل عليه ولم يشترط حلوله في عقد لازم إذ الضمان حالا
لا يستلزم حلوله للأصل فتنتفي الدلالات الثلاث والأصل بقاء الأجل قال
دام ظله ولو أذن احتمل تعلقه بكسبه وبذمته ويتبع به بعد العتق أقول إذا
أذن المولى للعبد في الضمان فضمن لكنه ذكر المصنف فيه هذين الاحتمالين ووجه
الأول أنه يحمل إذنه على ما يكون فيه ولا يمكن ثبوته في ذمة المولى وإلا لكان هو الضامن
لا العبد وهو خلاف التقدير فيكون في كسبه ووجه الثاني أنه إذن في إثباته في الذمة
والإثبات في الذمة أعم من الأداء في الحال أو بعد العتق والإذن في الكلي لا يستلزم الإذن
في الجزئي المعين وقال الشيخ في المبسوط قيل إنه يتعلق بكسبه وقيل إنه يتعلق بذمته
مع الإطلاق وعدم الإذن له في التجارة ومعه يتعلق بما في يده على الأول لا بذمته
كسبه ولم يختر شيئا وقال ابن الجنيد يؤدي السيد فإن أعتق بيع العبد وأدى ثمنه
في قضاء دينه عن المعروف وإن أعتق وأعسر الأصيل وجب على السيد قال دام
ظله ولو أنكر بعد الضمان لم يبطل على رأي أقول قال الشيخ في النهاية والمفيد
في المقنعة وابنا البراج وابن حمزة يبطل وقال ابن إدريس لا يبطل وهو اختيار [illegible]
والدي وهو الصحيح عندي لعموم قوله عليه السلام الزعيم غارم ولأنه كالقضاء
قال دام ظله الرابع المضمون له ولا يشترط علمه عند الضامن بل رضاه وفي
اشتراط قبوله احتمال فإن شرط اعتبر فيه التواصل المعهود بين الإيجاب والقبول
في العقود أقول وجه الاحتمال أنه معاوضة حكمية فإنه يلتزم بدين في ذمته
عن الدين الذي في ذمة المضمون عنه ولأن نقل المال المستحق في ذمة المضمون عنه
إلى ذمته لا يمكن إلا بفعلهما لتساوي نسبتهما إليه فاشترط القبول ولأنه إن
كان بإذن المضمون عنه فهو تمليك في مقابله تمليك الضامن عوضا عما أدى فيعتبر
فيه القبول كسائر التمليكات وكلما اشترط القبول مع الإذن اشترط مع
عدمه لعدم القائل بالفرق ولا يصح إحداث قول ثالث والأولى عدمه لأنه

الزام واعانة المضمون عنه وليس هو على قواعد المعاملات ولقوله تعالى وانا به زعيم
قال دام ظله والاقرب صحة ضمان مال الكتابة وان كانت مشروطة اقول
منع الشيخ في المبسوط منه لان للمكاتب تعجيز نفسه فليس بلازم حينئذ الا ان الفسخ
قال المصنف بل هو لازم وتجدد الفسخ كما في الخيار قال دام ظله والاعيان
المضمونة كالغصب والعارية المضمونة والامانة مع التعدي على اشكال اقول
منشأه من انها مضمونة وانها لا تثبت في الذمة والتحقيق ان الضمان هل هو نقل
المال من ذمة الى ذمة بحيث يبرأ المضمون عنه لا غير او يمكن ان يكون على غير هذا
الوجه والاصح انه لا يصح قال دام ظله وللمشتري على البائع بان يضمن عن البائع
الثمن بعد قبضه متى خرج مستحقا او رد بعيب على اشكال اقول الاشكال
في الرد بالعيب من حيث انه متجدد فيكون ضمان ما لم يجب ومن تقدم سبب الفسخ والدعاء
الحاجة اليه ولحوق الصحة لان الغرر الغالب مع الحاجة اولى بالرخصة من المأذون في الف
مما عليك في البحر وعلي ضمانه اقل وقوعا من صورة النزاع فيكون الجواز هنا اولى
قال دام ظله والاقرب انه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيبا ورده
والضمان لو بان فساده بغير الاستحقاق لفوات شرط معتبر في البيع او اقتران
بشرط فاسد به اقول الفرق استحقاقه حال الضمان في الثاني ووجود سببه في
الاول قبله ووجه الاحتمال ما تقدم قال دام ظله والاقوى صحة ضمان المجهول
كما في ذمته فيلزمه ما يقوم به البينة على ثبوته وقت الضمان لا ما يتجدد ولا ما
يوجد في دفتر وكتاب او يقر به المضمون عنه او يحلف عليه المالك برد اليمين
المردودة اقول هذا قول الشيخ في النهاية والمفيد وابن الجنيد وسلار وابي الصلاح
وابن زهرة وابن البراج للاصل ولقوله تعالى وانا به زعيم ويحتمل عدمه للجهالة
المستلزمة للتكليف بما لا يطاق والاقوى الصحة فيلزمه ما تقوم به البينة سبقه على
الضمان قال دام ظله ولو قال ضمنت من واحد الى العشرة احتمل لزوم العشرة وثمانية
وتسعة باعتبار الطرفين اقول منشأ الاحتمالات ان ابتداء الغاية وانتهاءها
هل يدخلان او يخرجان او يدخل احدهما دون الآخر وقد حقق في الاصول قال
دام ظله فان تلف بغير تفريط الضامن ففي بطلان الضمان اشكال اقول
منشأه من ان تعلقه بالمال هل هو كتعلق الرهن لانه نقل المال من ذمة الى ذمة
او

او كتعلق الجناية برقبة العبد لانه انما يجب الاداء من هذا المال لصحة الشرط وقد
فات والاقوى عدم البطلان قال دام ظله وكذا لو ضمن مطلقا ومات معسرا
على اشكال اقول منشأه من انتقال المال الى ذمة الضامن ومن انه تملك ما
في ذمة المضمون عنه بعوض في ذمته ولم يسلم والاقوى الاول لان الضمان يستلزم
براءة ذمة المضمون عنه قال دام ظله وللضامن مطالبة الاصيل ان طولب
كما انه يلزم اداء على اشكال اقول منشأه مما ذكره المصنف ومن ان استحقاق
المطالبة بعد استحقاق الاستيفاء وهو متأخر عن الاداء والاصح انه لا مطالبة
له لان استحقاق المطالبة متأخر عن استحقاق ماله في الذمة بالفعل لا بالقوة واستحقاق
الضامن المال في ذمة المضمون عنه متأخر عن الاداء فلو تقدم استحقاق المطالبة
عليه لدار قال دام ظله ولو صالح المأذون في الاداء بشرط الرجوع على غير الجنس
احتمل الرجوع ان قال أدّ ديني او ما علي بخلاف أدّ ما علي من الدراهم ان علق بالاداء
وعدمه لانه اذن في الاداء لا الصلح اقول وجه الاحتمال ان المقصد براءة الذمة
وقد حصلت والخصوصيات لا اعتبار بها ولتضمن هذا الصلح شيئين احدهما اداء غير
الجنس والثاني براءة ذمته مما عليه والاذن شامل لهما اما الاول فلان دفع غير الجنس
عن الدين يصدق عليه انه اداء وله المحاسبة بقيمته وقت الدفع وان كان مثليا من غير
احتياج الى عقد معاوضة واما الثاني فظاهر ويحتمل عدمه لان الاداء غير الصلح وغير
مستلزم له فلا يستلزم الاذن فيه والتحقيق انه ان علق حرف الجر بقوله أدّ لم
يرجع لانه خالف الاذن وان علقه بمتعلق علي ففيه الاحتمالات والاقوى
الرجوع باقل الامرين من قيمته ومن الدين قال دام ظله ولو طالب بالارش
فالاقرب مطالبة الضامن اقول وجه القرب انه عوض جزء فات حال
العقد فهو مستحق في الاصل وانما يسقط بالرضا بالعيب المستلزم لاسقاطه ومن
انه عوض صفة او ما في حكمها وهو جزء لا يفرد بالبيع فلا يسقط الثمن عليه اسماء
بل يتخير طلبه والمقدم انما هو السبب المعد للاستحقاق والمنشأ ان طلب
الارش هل هو كاشف او سبب الاصح الاول ولهذا كان راس المال تحت الارش
وبه يخبر به في المرابحة ولا يبطل البيع في مقابله من اصله بخلاف جزء يفرد بالبيع قال
دام ظله وفي ضمان البائع درك ما يحدثه اشكال اقول منشأه وجه دفع الضرر
اليه كما لو قال الق متاعك وعلي ضمانه ومن انه ضمان ما لم يجب ولم يوجد سببه والاقوى

عدم الصحة قال دام ظله ولو ضمنا بإذن طولب السابق ومع الاقتران إشكال أقول
قال ابن حمزة له مطالبة من شاء منهما على الاجتماع والانفراد وقال ابن الجنيد يرجع
على كل واحد بحصته على عدد رؤوسهم والمصنف استشكل هذه المسألة فيحتمل
عنده البطلان لان عند معظم الاصحاب يمتنع استقرار كل المال الواحد على كل
واحد وانتقاله الى ذمم متعددة على سبيل البدل دفعة بالضمان فيبطل هنا لاستحالة
الترجيح من غير مرجح ويحتمل ثبوت النصف في ذمة كل واحد لارتفاع التقادم
بعد ما ذكره ابن الجنيد وقال المصنف في درسه في امتناع الاول نظر لانه واقع
في العبادات كالواجب على الكفاية وفي الاموال كالغاصب من الغاصب فلا ينافي
الضمان وقد صح كل واحد فيثبت في ذمته ويتخير المضمون له كما لو التزم اجتماع
العلل على معلول واحد اذ العلة في براءة ذمة المضمون عنه ضمان كل واحد
وأجيب بانها معرفات وبان براءة ذمته معلول لعدم علة الثبوت وهي الا
كانه مع عدم ضمان غيره واستيفاء عدم الكلي بوجود جزئيات كثيرة جائز
قال دام ظله ويقبل قوله مع اليمين فان اطلق فالوجه التقسيط أقول
اذا كان لواحد على اثنين دينان فضمن كل واحد منهما الآخر ما في ذمته ورضي بضمان
احدهما دون الآخر اجتمع الدينان على من رضي بضمانه فاذا دفع نصف الدينين ولم
يقصد عن احدهما بل اطلق قال المصنف الوجه التقسيط اي توزيع المدفوع على
الدينين على نسبة قدرهما لامتناع صرف الجميع الى كل منهما وعدم صرفه الى شيء
والى احدهما لاستحالة الترجيح من غير مرجح ويحتمل صرفه الى ما شاء الناوي
بالنسبة اليهما وهو الاصح قال دام ظله ويصرفه لابراء الى ما قصده المبرئ
فان اطلق فبالنسبة ولو ادعى الاصيل قصده ففي توجه اليمين عليه او على
الضامن اشكال نشأ من عدم توجه اليمين لحق الغير وخفاء القصد أقول
المسألة بحالها لكن ابرأ المضمون له الضامن عن نصف الدينين فالوجه التقسيط
بالنسبة لما ذكرنا ولو ادعى المضمون عنه ان المبرئ قصده احتمل توجه
اليمين على المبرئ لانه منكر والدعوى على قصده والاصح انه لا يتوجه عليه
لان الغريم في الحقيقة الضامن لانه لو اعترف لم يرجع على الاصيل وان لم يثبت
رجع عليه فلو حلف المبرئ لم يدفع بها شيئا عن ذمته ولا اثبت شيئا له بل لو
فاما

فأما لو نوى في رجوع الضامن بما يؤدي فيكون لاثبات حق الغير لا غير ولا يجوز و يحتمل
عدم حلف الضامن لحقا قصد المبرئ فيقسط قال دام ظله ولو ادعى
القضاء المأذون فيه فأنكر المستحق الى قوله ان قلنا المردودة كالاقرار
الحق وله وان قلنا كالبينة أقول سيأتي في كتاب القضاء قال دام ظله
وفي رجل واحد ليحلف معه نظر أقول منشأه ان كفاية ذلك في الاثبات
وترك الاشهاد المثبت المقصد الثاني في الحوالة قال دام ظله وهل يشترط
شغل ذمة المحال عليه قبل الحوالة للمحتمل الاقرب عدمه أقول وجه القرب الاصل
لكنها شبيهة بالضمان ولانها اداء وذهب الشيخ في المبسوط وابن البراج وابن حمزة الى
الاشتراط لانها معاوضة عندهم والحق الاول قال دام ظله وهل يبطل
لو تجدد للبائع والعلم يسبق الفقر اشكال أقول ينشأ من زوال الموجب
وعدم العلة علة للعدم ومن اصالة بقاء الخيار ولان الزائل ليس علة ولا شرطا
بل امارة ولا يلزم من عدم امارة الشيء تجدد ثبوته عدمه الا ان يثبت بالنص انها مساوية
ولان الغرر في الزمان المستقبل لا اثر له في الفسخ وليس يشترط في الفسخ والا
لم يجز في الزمان الاول فلا يلزم من عدمه عدم جواز الفسخ فيبقى الجواز للاصل
والتحقيق انه مبني على ان علل الشرع هل هي معرفات او علل حقيقية وعلى الثاني هل
الباقي مستغن عن المؤثر او محتاج قال دام ظله وهي ناقلة فيبرأ المحيل عن
المحال وان لم يبرئه المحتال على رأي أقول هذا مذهب جمهور الاصحاب لانها تحويل المال
من ذمة الى ذمة فيبرأ الاول وما رواه عقبة بن جعفر عن ابي الحسن عليه السلم
قال سألته عن الرجل يحيل الرجل بمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع الى صاحبه
اذا احتال ورضي قال لا ترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال يدل
على العموم واشترط الشيخ في النهاية والمفيد وابن البراج وابن حمزة في براءة ذمة
المحيل ابراء المحتال اياه فان لم يبرئه كان له الرجوع اي وقت شاء وقال ابن الجنيد
له الرجوع عليه ان اعسر او مات المحال عليه معسرا الا اذا ابرأه فلا رجوع له
احتج الشيخ بما رواه زرارة في الحسن عن احدهما عليهما السلم في الرجل
يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر فيقول له الذي احتال برئت مما لي عليك
قال اذا ابرأه فليس له ان يرجع عليه وان لم يبرئه فله ان يرجع على الذي احاله
وقال ابن الجنيد ولانها معاوضة ومع تعذر العوض يرجع مستحق استيفائه الى

عوضه كالبيع والجواب ان قول المحال برئت من مالي عليك هو القبول ويمنع كونها
معاوضة لازمة لتبعه كالبيع والاصح عندي اختياره ذلك قال دام ظله
وتصح على من ليس عليه حق وعليه بمخالف على رأي اقول الكلام هنا انما هو اذا
كان على المحال عليه مخالف لما للمحال على المحيل والخلاف فيه مع الشيخ رحمه الله
في قوليه فانه قال في المبسوط لا تصح الحوالة الا بشرطين اتفاق الحقين في الجنس
والنوع والصفة وكون الحق مما يصح فيه اخذ البدل قبل قبضه لانا لو لم نراع اتفاق
الحقين ادى الى ان يلزم المحال عليه اداء الحق من غير الجنس الذي عليه ومن غير النوع
وعلى غير الصفة وذلك لا يجوز وانما شرطنا ان يكون الحق مما يقبل اخذ البدل فيه
قبل قبضه لانه لا يجوز الحوالة بالمسلم فيه قبل قبضه اذ الحوالة ضرب من المعاوضة
والمعاوضة لا تصح في المسلم فيه قبل قبضه وبه قال ابن البراج وابن حمزة ثم قال الشيخ
في المبسوط بعد ذلك قال قوم الحوالة بيع الا انه غير مبني على المكايسة والمغابنة
وطلب الفضل والربح وانما هو مبني على الارفاق فلا يجوز الا في حقين متفقين في
الجنس والصفة فيجب ان يكونا حالين او مؤجلين اجلا واحدا ولا يكون احدهما صحاحا
والاخر مكسورا ولا يكون احدهما اكثر ثم قال بعد ذلك ويقوى في نفسي انها ليست
ببيع بل هي عقد منفرد ويجوز خلاف جميع ذلك الا زيادة احد النقدين على صاحبه
فانه ربا ولا يمتنع ان نقول ان الحوالة يجوز فيما له مثل وفيما يثبت في الذمة بعد ان
يكون معلوما فاذا كان في ذمته حيوان وجب عليه بالجناية مثل ارش الموضحة وما
اشبهها صح فيه الحوالة وهذا الاخير مخالف للكلام السابق ويوافق لاختيار
المصنف وهو الاصح عندي لان الاصل الصحة ولعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود
ولانه يجوز على من ليس عليه حق فعلى من عليه مخالف اولى وهو الزامي قال دام ظله
وبمال الكتابة بعد حلول النجم وقبله اشكال اقول منع الشيخ من الحوالة
بمال الكتابة على العبد المكاتب وتبعه ابن البراج وجوزه ابن حمزة والمصنف جوزه
بعد حلول النجم لان لزوم الحوالة يساويها او لما يقوم مقامه وقبوله فلا يتحقق
التعجيز عنه حينئذ ولصحة المعاوضة عليه واما قبله فلامكان تعجيز نفسه
عند الحلول كما قال الشيخ فيظهر عدم استحقاقه فالنظر الى هذا القول والى
قول الاخرين باستحقاق مال الكتابة بالعقد ولزومها الاشكال هكذا
قال المصنف دام ظله في الدرس قال دام ظله فان قلنا الحوالة
استيفاء

استيفاء الى قوله وان قلنا انها اعتياض اقول وجه كونها استيفاء
انها لو كانت اعتياضا لكانت اعتياض الدين بالدين ولما جازت في العقود
الآن معا انما قبل التفرق ولو كانت بيعا لكان على المحيل تسليمه الى المحال
عليه لانه عوض من جهته كما اذا باع شيئا في يد غيره فانه يطالبه به المشتري
وكان قد استحق بالحوالة زيادة في حق المطالبة ولا يستحقها الا مثل ما كان
يستحق قبلها ووجه كونها معاوضة انه ملك ما في ذمة المحال عليه في مقابلة
ما في ذمة المحيل وهذا معنى المعاوضة واختيار الشيخ في المبسوط وبنى عليه
بطلان الحوالة بالمسلم فيه قبل القبض والاقوى عندي انها استيفاء مطلقا
قال دام ظله فان فسخنا الرجوع فهل للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة
ليرجع اشكال اقول يحتمل ذلك لانه اذا بطل ملك المشتري للمبيع وعاد
الى البائع فاما ان يستحق عليه العوض الذي ملكه في مقابلته اولا والثاني باطل
لاستحالة ان يملك العوض والمعوض معا والاول فان توقف استحقاق مطالبته لبنه
على قبضه وهو غير واجب على البائع جاز تأخيره دائما فلا يستحق عليه المطالبة
بشيء دائما فلا يستحق عليه شيء حينئذ وان وجب استحق المطالبة به وهو المطلوب ومن
ان استحقاق المطالبة موقوف على وجوب التغريم واستحقاق الرجوع عليه وهو
ظاهر وهو موقوف على القبض لان المصنف انما فرع على هذا التقدير ولا تقدم
عليه والا اداء قال دام ظله وان احال البائع رجلا على المشتري فالاقرب
عدم بطلان الحوالة اقول وجه القرب تعلق حق الغير بالثمن كما لو باعه من اخر
ويحتمل البطلان لان استحقاق المحال فرع على استحقاق المحيل وقد بطل ولان
الحوالة انما هي بالثمن وقال الشيخ الطوسي رحمه الله ان عدم الرجوع هنا اجماعي والحق
عندي عدم البطلان لان الاجماع المنقول بخبر الواحد حجة قال دام ظله
لو شرط في الحوالة القبض بعد شهر مثلا فالاقرب الصحة وان كان حالا اقول
وجهه انه شرط سائغ ويحتمل عدمه لان الحوالة انما هي للمطالبة فهو حال والاصح
الصحة لانه اسقاط لبعض حقه

الفصل الثالث في الكفالة

قال دام
ظله وتصح الكفالة فلو قال ان جئت به والا كفلت به لم يصح على اشكال اقول
يحتمل الصحة لرواية احمد بن الحسين الميثمي عن ابان بن عثمان عن ابي العباس

قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل تكفل لرجل بنفس رجل فقال ان جئت به والا فعلي
خمسمائة درهم ان لم ادفعه اليه فقال تلزمه الدراهم ان لم يدفعه ويلزم منه
انه يلزمه دفعه ان لم يدفع الدراهم لانها في تقدير منع الخلو عن دفعه وثبوت
خمسمائة درهم عليه وعدم احدهما في مانعة الخلو يستلزم الآخر فيصدق ما ادعيناه
فقد تعلقت على شرط وقال الشيخ في المبسوط لا يجوز تعليق الكفالة بشرط لانه جعل
هنا العقد غير موجب وانما الموجب هو مع الشرط الذي لم يجعله الشارع في اصل
الشرع مؤثرا اصلا والموجبات انما هي بوضع الشارع فما جعله مؤثرا فمؤثر
وما لم يجعله مؤثرا فجعله مؤثرا غلط فلا يصح **قال** دام ظله والاقرب صحة كفالة
المكاتب ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام **اقول** منع الشيخ في المبسوط
وابن البراج منه بناء على مذهبه وجوزه المصنف بناء على مذهبه ولانه انما عقد
المضمون والاولى ادخل في استحقاق الاحضار والثاني ظاهر **قال** دام ظله فان
رده برئ من الضمان وان تلف ففي الزامه بالقيمة وجهان الاقرب العدم كموت المكفول
اقول وجه القرب ان ضمان الاعيان لا ينقل من ذمته الى ذمته اذا العين لا
تنقل من ذمة الى ذمة والقيمة غير واجبة مع وجود العين فانما يجب ردها واحضارها
كالكفالة بالبدن فتسقط مع التلف كسقوط الكفالة بموت المكفول ويحتمل الصحة
لان الاعيان المضمونة لا بد ان تثبت ماليتها في الذمة فيتعلق بتلك المالية
بالضامن وان لم يصح ضمانها ويكون بمنزلته منزلة الاصيل فالتلف يوجد
تلك المالية وكما يضمنها الاصيل يضمنها هو والاصح عندي بطلان الكفالة بتلف
العين فلا يلزمه شيء **قال** دام ظله ولا تسليمه قبل الاجل او في غير المكان المشترط
وان انتفى فيهما الضرر على رأي **اقول** قال الشيخ في المبسوط وابن البراج يبرأ
بتسليمه قبل الاجل او في غير المكان المشترط مع انتفاء الضرر وليس بجيد لان قضية
الاجل والشرط بخلاف ما ذكر **قال** دام ظله ولو مات المكفول له فالاقرب
انتقال الحق الى ورثته **اقول** وجه القرب انه حق للميت فيورث كسائر الحقوق
لعموم الآية ويحتمل العدم لضعفها ولاقتضائها الاحضار اليه وتعذره **قال**
دام ظله لو تكفل اثنان برجل فسلمه احدهما فالاقرب براءة الآخر **اقول**
قال الشيخ في المبسوط اذا تكفل رجلان ببدن رجل لرجل فسلمه احدهما
لم

لم يبرأ الآخر لانه لا دليل عليه وتابعه ابن حمزة وابن البراج والاجود انه يبرأ الآخر لان
المكفول لو سلم نفسه برئ الكفيل وكذا لو سلمه احد الكفيلين **قال** دام ظله ولو هرب
المكفول او غاب غيبة منقطعة فالاقرب الزام الكفيل بالمال اذا تعذر احضاره مع
الحيلولة بينهما ويحتمل الصبر **اقول** وجه القرب ان الكفيل وثيقة على الحق واذا
تعذر استيفاء الحق من جهة من عليه استوفي من الوثيقة كالرهن ووجه الثاني
انه لم يلتزم به كما لو ضمن المسلم فيه فانقطع لا يطالب برد رأس المال ولان الحضور
سقط عن المكفول به فبرئ الكفيل كما لو برئ المكفول من الدين ووجه الثالث انه
بقاء الكفالة ولا يتناول المال فيتوقع المكنة لا الالزام بتكليف ما لا يطاق والاقوى
الثالث **قال** دام ظله ولو اسلم احد الغريمين برئ الكفيل والمكفول على اشكال
فيها **اقول** المسألة الاولى مبنية على الثانية ووجه الاشكال في الثانية ان المسلم
يجب له الخمر والعلية ومن انه اذا اسلم من عليه يسقط كما لا تلاف ذكر المصنف
واذا اسلم من له فلا شيء له لان المسلم لا يملك الخمر ولا عوض له عنده فعلى هذا اذا اسلم
من له برئ الكفيل واذا اسلم من عليه فان قلنا برئ برئ الكفيل وان قلنا تجب القيمة
احتمل بقاؤه لانه انما كفل على حق خاص وقد زال ووجب غيره ولا كفالة على المتجدد
ويحتمل عدمه لان الكفالة على الاحضار الى الغريم المستحق للحق وهو هنا الكل
لان ايجاب القيمة اقوى من وجوب الخمر لحق الاحضار فقد تأكد **قال** دام ظله اما لو
كان ضامنا فانه لا يسقط باسلام المضمون عنه وفي رجوع الضامن لما اداه عليه
بالقيمة نظر **اقول** منشأه من انه ادى دينه باذنه فيرجع عليه بالقيمة لتعذر
المثل ولانه متلف للخمر على الذمي باسلامه فيضمنه ومن ان المضمون عنه انما
يجب عليه دفع اقل الامرين مما ادى الضامن والدين وعين الخمر لم
يكن دينا ولا شيء عوض عن المال فهو اكثر من الخمر ولم يكن دينا فلا يجب عليه القيمة
ولا الخمر لان المسلم لا يجب عليه الخمر **قال** دام ظله لو قال وعلي ضمانه وعلى
الركبان فعلى بالتكرار تعمدا الالقاء من الجميع بعد التمن على التشكيك
منشأه من استناد التفريط الى المالك **اقول** ومن انه غير فكان كما لو قدم طعام
المغصوب منه الى المالك والحق الاول لعدم تفريط المالك بترك السؤال **قال**
دام ظله ولو لم يكن خوف فالاقرب بطلان الضمان **اقول** وجه القرب قيام

المانع وهو كونه ضمان ما لم يجب والمقتضي للصحة الضرورة وهي منتفية هنا ويحتمل
الصحة للاستصلاح بالغاية لحفظ الوثيقة ولئن يحيف **قال** دام ظله ولا الارث
انتقال حق الكفالة الى الوارث **اقول** هذه المسألة تقدمت وانما ذكرها
ههنا لفائدة هي الفرق بين ما اذا انتقل الدين المكفول عليه بالارث الى الوارث
وبين ما اذا انتقل لغيرها لا ارث كالبيع فانه في الثاني تبرأ الكفيل لانه التزم الدين
وانما كفل عنه للاحتياط اليه والكفالة لا يلزم من انتقال الدين انتقالها واليه
اشار المصنف بقوله ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع او احالة وغيرهما برئ الكفيل
واما في الارث فانه تنتقل نفس حق الكفالة الى الوارث والوارث نزل منزلة
الميت ويقوم مقامه كانه هو وانما قلنا بانتقال نفس حق الكفالة لانه حق يتعلق
بالمال فيدخل تحت عموم آية الارث كالشفعة فانها للوارث وان باع ملكه
عن شراء المشتري وظهر الفرق بين الرهن والكفالة لان الرهن مانع استيفاء الدين
لتعلقه بنفس الدين بالرهن فالحق من انتقل الدين انتقل اليه الرهن باي وجه كان وفي
الوارث انتقل بسببين بانتقال بعين الرهن بالارث وبانتقال الدين الى مشتري
الدين بسبب واحد وهو انتقال الدين **المقصد الخامس في الصلح** **قال**
دام ظله ولو صالح على عين باخرى في الربويات ففي الحاقه بالبيع نظر **اقول**
الحقه الشيخ الطوسي بالربويات وهو اختيار ابن البراج وهو مبني على احدى قاعدتين
أ هل الصلح فرع البيع ام لا قيل نعم لان البيع انتقال عين مملوكة من شخص الى
غيره بعوض مقدر على جهة التراضي والصلح كذلك وقيل لا لانه عقد منفرد باسمه وله
صيغة مخصوصة ب هل الربا يشمل جميع المعاوضات ام هو مختص بالبيع قد
مضى ذلك فعلى القول باحدهما لا يصح والاصح والاقرب عندي شمول الربا
لكل المعاوضات **قال** دام ظله وكذا لو كان الدين عليه فان الحقناه بالبيع فسد
لو صالح من الف مؤجل بخمسمائة حالة **اقول** ذكر هنا فرعين على كون الصلح
بيعا ام لا الاول لو صالح على دين بمثله فعلى كون الصلح بيعا لا يصح وعلى
كونه ليس ببيع يصح الثاني لو صالح على الف بخمسمائة فعلى احدى القاعدتين
يبطل وعلى بطلانها يصح **قال** دام ظله ولو صالح من الف حالة بخمسمائة
مؤجل فهو ابراء على اشكال **اقول** يحتمل ان يكون معاوضة لمغايرة الحال المؤجل
والزائد

والزائد الناقص ويحتمل الابراء لانه ليس الا اسقاط بعض ما في الذمة وتأجيل الباقي
والاصح الاول **قال** دام ظله اما لو كانت مضرة او اظلم بها الدرب على الاقوى
اقول قال الشيخ في المبسوط ظلمة الطريق بالروشن والساباط ليس اضرارا وقال
المصنف في المختلف والاجود انها اضرار فان ضعيف البصر يتعذر عليه المشي فيجب ان
يمنع منه وهذا هو الاصح عندي **قال** دام ظله ويجوز الصلح عنه وبين ارباب
المرفوع على احداث روشن وشبهه على الجدار **اقول** هذا مذهب ابن ادريس للاصل وقال
الشيخ في المبسوط وابن البراج لا يجوز لان فيه افراد الهواء بالبيع وهو مبني على ان الصلح
فرع البيع او قال الشيخ في المبسوط انه فرع لغيره لقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم
بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والتجارة هي البيع فيبقى ما عدا البيع
باطلا فلو كان الصلح ليس فرعا على البيع لدخل في الباطل وهو محال ثم قال فيه
انه ليس فرعا للبيع وانما هو عقد قائم بنفسه والاقوى عندي عدم الفرعية
قال دام ظله ولو كان للدارين المتلاصقين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما
ففي استحقاق الشفعة حينئذ نظر **اقول** من حيث انه يستحق الجواز منها
الى الدار الاخرى ويستحق الجواز من الدار الاخرى الى الدرب فيستحق الجواز منها
الى الدرب ولا يعني بالمجاز الا ذلك ومن حيث انه لا باب لها فيه فلا استحقاق فيه
انما هو للدار الاخرى لا لها وهذا هو الاصح عندي ولا وجه عندي للاول **قال**
دام ظله ولو اذن جاز الرجوع قبل الوضع وبعده على الاقوى **اقول** لان العارية
غير لازمة والمفرط منه وقال الشيخ وابن البراج ليس له الرجوع بعده لان
اذنه اقتضى البقاء والدوام وفي القلع اضرار به فلا يملكه المعير ذلك كما اعارة
ارضا للدفن **قال** دام ظله لكن مع الارش على اشكال **اقول** ينشأ من ان العارية
لا تستعقب الضمان ومن انه بسبب الاتلاف **قال** دام ظله وفتح باب في النافذ
لدار المرفوع دون العكس على الاحتمال **اقول** الاحتمال هو الذي ذكره
المصنف في احتمال فتح باب في المرفوع حيث قال له رفع كل الحائط فله بعضه
وانا اقول هذا الاحتمال ذكره على سبيل البحث لا انه محتمل عنده وكذا قال المصنف
في درسه ولا وجه لهذا الاحتمال عندي **قال** دام ظله ولا يجبر احدهما
على الشركة في عمارته لو انهدم ولو هدمه ضمن الارش على الاقوى **اقول** لوجود المقتضي

الحاصل ان النظر الذي
ذكره المصنف فيما اذا اتبع
دارا للدار [illegible]
[illegible] بعد سماع [illegible] اضطراب
الاخرى من الدرب الاخر فيها [illegible]

والزام الصلح وقيل يجبر على ايابه والاول اقوى قال دام ظله ولو خيف على
الحائط السقوط مع جواز الابقاء نظر اقول ينشأ من ان له حق الابقاء ومن انه
ضرر وقال عليه السلم لا ضرر ولا اضرار قال دام ظله لو وجد بناءه او خشبة او مجرى
ماء في ملك غيره ولم يعلم سببه فالاقرب تقديم قول مالك الارض والجدار في عدم
الاستحقاق اقول وجه القرب اصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير ومن ثبوت
اليد والمالك يدعي استحقاق اذ البناء الاصل عدمه والاقوى الاول قال
دام ظله ولو كان عوض الصلح سقي الشجر او الزرع بمائه فالاقرب الجواز مع الضبط
اقول وجه القرب انه منفعة مقصودة فيصح مع ضبطه وقيل بالمنع لانه فرع البيع
ولا يصح بيع الماء والمقدمتان ممنوعتان قال دام ظله والراكب اولى من قابض
اللجام على رأي اقول قال الشيخ في الخلاف اذا لم يكن مع احدهما بينة جعلت
بينهما نصفين وقال في المبسوط يحكم بها لاقواهما يدا او اكدهما تصرفا وهو الراكب
وقيل انه يجعل بينهما نصفين وهو الاحوط وابن ادريس قال بالاول وهو الشافعي
والوجه ما قاله في المبسوط من ترجيح الراكب لكثرة تصرفه وقوة يده قال دام ظله
والاسفل اولى من مدعي الغرفة من فتح الباب اليه مع عدم التصرف اشكال اقول
ينشأ من تعارض اليد وقولهم ان الهواء تابع للارض في الملك قال دام ظله وكذا
على الاشكال الابقاء في الهواء على الجوى وكذا الغصن في العروق الممتدة والحائط المائل الى
هواء غيره والخشبة الواقعة على ملك غيره اقول قال الشيخ لو صالحه على ابقاء
الغصن البارز الى ملك الغير في الهواء لم يصح ان كان رطبا لانه يزيد في كل حال
ولا يعرف قدره وكذا ان كان يابسا لانه بيع الهواء من غير قرار وكذلك الجوز والوجه
الصحة ويمنع كونه بيعا لما بينا ان الصلح عقد مستقل بنفسه ومنه يظهر حكم الباقي
قال دام ظله ولو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقا او حرا فالاقرب الرجوع با
لقصاص اقول وجه القرب بطلان الصلح المقتضي لسقوطه ويحتمل القيمة لاستمراره
على اسقاط القصاص على حاله ولا نعود استحقاق القصاص بعد زواله وعلى القول
بان الصلح فرع الابراء اسقط قطعا ويرجع الى الدية قال دام ظله ولو صالح
عن القصاص بحر يعلمان حريته او بعبد يعلمان استحقاقه ففي بطلان استحقاق
القصاص او لزوم الانتقال الى الدية نظر اقول ينشأ من بطلان الصلح لبطلان
عوضه

ثالث عشر

عوضه فينبغي الحق كما كان ومن انه اسقط القصاص بعوض مقدر فينتقل الى الدية لان
سقوط القصاص مبني على التغليب ولا نعلم انه فقد وقع الاتفاق على انه لو وكل في الصلح
بخمر فصالح الوكيل سقط القصاص مجانا قال دام ظله ولو تداعيا جدارا بين
ملكيهما فهو في ايديهما فيحكم لذي البينة فان فقدت فلمن اتصل بنائه به مع اليمين
او لمن جذعه عليه على رأي اقول هذا قول الشيخ في المبسوط وقال فيه ايضا ان
استعمل القرعة على ما روي في الامور المشكلة من هذه المسائل كان قويا والحق ما فصله
اولا ولا ترجيح مع ثبوت اليد قال دام ظله وفي رواية ترجيح في الخص بمعاقد القمط
اقول هذه الرواية هي التي رواها الشيخ في النهاية عن عمرو بن شمر عن جابر عن ابي جعفر
عليه السلم عن ابيه عن علي عليه السلم انه قضى في رجلين اختصما في خص فقال ان الخص للذي
اليه القمط ثم قال في النهاية ايضا قالوا القمط هو الحبل والخص هو الطن الذي يكون
في السواد بين الدور فكان من اليه الحبل هو اولى من صاحبه والاصح عندي انه لا يرجح
بذلك لعدم العلم بعلته بل حكمه حكم الجدار بين اثنين قال دام ظله اما السقف
فان لم يمكن احداثه بعد بناء العلو الى قوله وان كان بحيث يمكن احداثه الى قوله
واختصاص الاول والثاني اقول وجه الشركة تساوي نسبته اليهما ووجه الثاني
ان الهواء تابع للسفل لانه يتوقف عليه ووجه الثالث شدة احتياج الثاني اليه
وكونها اكثر من حاجة الآخر اليه

كتاب الامانات

وفيه مقاصد الاول في الوديعة قال
دام ظله فلو استودع من صبي او مجنون ضمن الا اذا خاف تلفه فالاقرب سقوط
الضمان اقول لانه محسن وما على المحسنين من سبيل ومن انه استولى على مال
غيره بغير اذن والاقرب الاول لانه معذور فلا يكون ماخوذا به قال دام ظله
اما لو اكلها الصبي او اتلفها فالاقرب الضمان اقول لان الاتلاف سبب الضمان
ولانه مباشر ومن انه مسلط فالسبب هنا اقوى وقال الشيخ في المبسوط
فيه وجهان احدهما لا يلزمه الضمان وهو الاقوى لانه باختياره سلطه
على اتلافها وهلاكها والثاني انه يضمن واختار ابن ادريس الاول قال دام ظله لو
استودع العبد فاتلف فالاقرب انه يتبع بها بعد العتق اقول قال الشيخ في
المبسوط ان علمنا الجناية تعلق الضمان برقبته وان لم نعلم الجناية فالضمان

يتعلق بالعتق فان شئت قلت ان قلنا في الصبي يضمن فضمان العبد يتعلق برقبته
وان قلنا الصبي لا يضمن تعلق في العبد الضمان بذمته وهذا هو الاقوى وهذا
اخر كلامه في المبسوط وهذا هو الصحيح لانه اما ان يكون الاستيداع باذن
مولاه او لا والثاني يتعلق بذمته لان اتلاف العبد يتعلق بذمته خاصة والاول
كذلك لان الاستيداع لا يستلزم الاذن في الاتلاف والاتي للضمان وقيل لاذن
في البيع من توابعه ومن جملتها الضمان عند الاتلاف فيتعلق بكسبه قلنا اللوازم
اللازمة فيه وهذا ليس منها قال دام ظله والاقرب وجوب القبض على الحاكم
وكذا المديون والغاصب اذا حملا الدين او الغصب اليه اقول وجه القرب انه
من المصالح وهو منصوب لها ويحتمل عدمه للاصل والاقوى الاول لانه ولي المالك
قال دام ظله ومن حضرته الوفاة وجبت عليه الوصية بما عنده من الوديعة
فان اهمل ضمن الا ان يموت فجاءة على اشكال اقول ينشأ من التفريط بترك
الاشهاد لانه نوع حفظ من الوارث لو مات ولم يعلم وهو معرض للموت ومن الاصل
وان مبنى الوديعة على الاخفاء والاقوى الضمان لان الوصية بها والاشهاد سبب في منع
الوارث من جحودها وفي وجوب ادائها ظاهرا ان علم بها وفي نفس الامر ان لم يعلم وذلك
كله سبب للحفظ فتركه ترك سبب الحفظ ولا معنى للتفريط الا ذلك قال دام ظله
ولو لم توجد في التركة لم يضمن لتنزيلها على التلف قبل الموت على اشكال اقول
قال اكثر علمائنا يضمن لانه يجب عليه الرد لقوله عليه السلم على اليد ما اخذت حتى
تؤدي وانما يسقط بالتلف من غير تفريط ولم يعلم فلا يسقط الضمان بالشك ولجهلنا
الوديعة وجهل عينها فيكون كما لو كان عنده وديعة فقد فهادينا فيكمل يطلع
عليها احد فانه يضمنها في ماله وكذا هنا لان السفر والموت في هذا المعنى واحد
وهذا قول الشيخ في المبسوط واستدل ابن ادريس ويحتمل العدم لان الوديعة
ليست سببا للضمان بل سببه التفريط ولم يعلم والحكم بوجوب الضمان مع الجهل
بسببه محال ووجوب الرد مشروط بوجود العين ولم يوجد والاصح الثاني
قال دام ظله ولو رجع على المالك وان نهاه على اشكال اقول ينشأ من
ان الشرع للنهي من امر الشارع وانه حق لله تعالى فصار كما لو اطلق والتحقيق
ان نهي المالك منهي عنه شرعا والنهي في غير العبادات ان اقتضى الفساد بطل
نهي المالك فصار وجوده كعدمه والا فالاقوى هنا البطلان لان حكم
النهي

النهي اذا لم يتم الا بما اقتضاه الفساد وجب القول بعدمه هنا كذلك لان النهي
عن نهي المالك لغرض حفظ الحيوان ولا يتم الا بفساده وحفظ مال المنفق فوجب
القول به قال دام ظله ولو نقلها الى ما هو احرز او مساو على راي اقول
الخلاف في المساوي فقال الشيخ في المبسوط لا يضمن لان المقصود الحرز ولو نهاه فاخرجها لغير
عذر ضمن والاولى الضمان لانه خالف وهو اختيار والدي المصنف في المختلف لان
الامر بالشيء يستلزم النهي عن ضده والاكوان متضادة فلا فرق من نهيه عن اخراجها وعدمه
قال دام ظله ولو ضيع بالنسيان فالاقرب الضمان اقول وجه القرب انه فرط بنسيانه
لقدرته على التكرار وقال الحنابلة النسيان ضد العلم والعلم مفقود فيكون النسيان
معذورا ويحتمل عدمه لقوله عليه السلم رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا
عليه والمراد الحكم والاقرب الاول قال ولو سلم الى الظالم مكرها استقر الضمان
على الظالم والاقرب اشتغاله وضمنه اقول هذا هو المشهور وقال ابو الصلاح يضمن
اذا سلمها بيده لنا ان ترك التسليم ضرر وهو منفي فجاز التسليم فلا يستعقب
الضمان واحتج ابو الصلاح بانه متلف بالتسليم الى الظالم فكان ضامنا ولانه
دفع الضرر عن نفسه كما لو سلم مال غيره فكان عليه ضمانه والجواب الفرق اسقط
الضمان والاول اقوى قال دام ظله وهل يجب عليه الاخفاء لو طلبه الظالم
الاقرب ذلك اقول وجه القرب ان الحفظ واجب ولا يتم الا به وما لا يتم الواجب
الا به فهو واجب ولانه يتمكن من الحفظ بالاخفاء فاذا ترك فقد فرط ويحتمل عدمه
لانه ضرر عليه والاقوى الاول قال دام ظله والجحود موجب للضمان مع المالك
بعد مطالبته لا مع مطالبة غيره وفي سؤال المالك اشكال اقول ينشأ
من انه بانكاره منع المالك عن طلبه فكان كمنعه ومن انه لم يطلب فلم يمنعها
والاقوى الضمان قال دام ظله فان اقام عليه البينة فادعى الرد او التلف
قبل وان كان صيغة جحوده انكار اصل الوديعة لم تقبل بغير بينة ولا معها
على الاقوى لتناقض كلامه اقول جزم الشيخ بعدم سماع دعواه من غير
بينة وقوى عدم سماع بينته ايضا وقال ابن الجنيد تسمع دعواه من غير بينة
فاذا حلف سقط الضمان لان انكاره يجوز ان يكون عن سهو ونسيان
لها والحق انه كلما تنافى كلاماه لم تسمع دعواه ولا بينته كانكار

الايداع والاستيداع والاسمعة كقوله لا تستحق عندي شيئا قال دام ظله
وان كان صيغة جحود لا يلزمني شيء قبل قوله في الرد والتلف مع البينة و
بدونها في الحيز ومن للاول على راى اقول اشار بقوله للاول الى الرد
لاصالة عدمه وذهب الشيخ في المبسوط الى ان القول قوله في الاول لانه
امينة ولا يد له على حفظها وهذا هو الاصح عندي وهو المشهور لان
قبول الرد يغنيه احسان محض لا في مقابله عوض دنياوي والضمان سبيل
وقال تعالى ما على المحسنين من سبيل ولان المالك جعله بدعواه
مفرطا بل متعديا والاصل عدمه ولان عدم قبول قوله فيما فعل
من الاحسان المحض وهو ضد اللطف واحكام الشرع الطاف واصالة
عدم الرد معارض باصالة عدم الضمان وبقاء الامانة قال دام ظله
ولو اقر له ذكرها بتلفها قبل الجحود في الحرز فلان ضمان وفي سماع بينته
بذلك اشكال نعم تقبل لو شهدت بالاقرار اقول قوله بذلك ان كان
راجعا الى الاقرار اي لو ادعى اقرار المالك بالتلف من الحرز قبل الجحود واقام
بينة على الاقرار فيكون معناه انه لا يسمع بينته به فلا يسمع ما اقر به
بزعم ان الاقرار موجب لزوال الضمان ولم يذكر الاقرار اولا لكن
ذلك بناء في ظاهره قوله نعم تقبل لو شهدت بالاقرار وان كان قوله بذلك راجعا
الى التلف يكون تكريرا للمسألة المتقدمة والظاهر انه مكرر لها وانما ذكرها
هنا لانه في الاول فتوى عدم السماع ثم تغير اجتهاده فاستشكلها
فلا منافاة ومنشاء الاشكال حينئذ من حيث ان البينة حجة شرعية يثبت
بها ما يثبت بالاقرار ومن حيث ان قبول البينة متفرع على سماع الدعوى
المطابقة لها وهنا لا يسمع لتكذيب المدعي اياها وهو مستلزم لتكذيب البينة لاتحاد
المخبر عنه فيهما والفرق بين البينة بالتلف وبين اقرار المالك به الاتفاق
على نفوذ الاقرار في حق المقر هنا بخلاف البينة قال دام ظله ولو لم يطلب
ويمكن من الرد ففي الضمان اشكال وكذا كل امانة كالثوب تطيره
الريح في داره اقول بنا من انه امره بالرد ولم يرد فقد خالف فيضمن
ويحتمل عدمه لانه لا يجب على المستودع تكلف الرد ولا تحمل مؤنته بل الواجب
التخلية

التخلية بين المالك وبينها وتمكينه من اخذها وهذا لم يمنع وقال المصنف
في منشأ الاشكال انه لما امره بالدفع الى وكيله فكانه عزله فيصير بمنزلة ما
في يده كالامانات الشرعية كالثوب يطيره الريح الى داره وفيه
وجهان احدهما انه يمتد الى المطالبة كالودائع واظهرهما انه ينتهي
بالتمكن من الرد فيبني هذا على ان هذا الامر هل هو عزل ام طلب
فيتنزل منزلة قوله اعطني والوجه الاول وهو الضمان واما الثوب
يطيره الريح الى داره فيجب عليه اعلام المالك او وكيله على الفور فقد
الامكان ويمكن المالك من اخذه قال دام ظله ولو كان المودع
غاصبا الى قوله وليس له التملك مع الضمان على اشكال اقول فرض المسألة
اذا كان المستودع جاهلا بالغصب والمالك والاشكال نشأ من حيث
انه مال محترم لا مالك معروف عنه ولم يلحقه سبب محرم فكان محرما
فكان حكمه حكم اللقطة وللاصحاب فيه ثلاثة اقوال ا قال الشيخ
في النهاية يعرفها حولا كما يعرف اللقطة فان جاء صاحبها والا
تصدق بها عنه وتبعه ابن البراج وهو اختيار ابن الجنيد لما رواه
حفص بن غياث قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن رجل من المسلمين
اودعه رجل من اللصوص دراهم او متاعا واللص مسلم هل يرده عليه قال
لا يرده فان امكنه ان يرده على صاحبه فعل والا كان في يده بمنزلة
اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فان اصاب صاحبها ردها عليه والا تصدق
بها فان جاء بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم فان اختار الاجر فله وان
اختار الغرم غرم له وكان الاجر له ب قول المفيد انه يتصدق بها اذا
جهل اربابها ويخرج منها الخمس الى فقراء المحتاجين وايتامهم وابناء سبيلهم ويصرف
منها الباقي الى فقراء المؤمنين ولم يشترط التعريف حولا ويقرب منه قول
سلار ج انه يدفعها الى الامام العادل لانه ولي الغياب فان لم يمكن
منه حفظها فادفعها عند وفاته وهو قول ابي الصلاح وابن ادريس و
المصنف في المختلف وهو الاقوى لعصمة مال الغير قال دام ظله ولو
مزجها الغاصب بماله فان تميزت وجب ردها على مالكها دون المودع

والادلة الجميع بجلي المودع على اشكال اقول منشاؤه قول الاصحاب قال
ابن ادريس يجب عليه ردها على المودع بدليل اجماع اصحابنا فالاجماع المنقول
بخبر الواحد حجة وانه يرد المغصوب الى الغاصب وهو للجون وامله الى الحاكم
قال دام ظله ولو انكر الوديعة او ادعى التلف فان كان بسبب ظاهر او
بنقص القيمة او عدم التفريط فالقول قوله مع اليمين وفي الرد نظر اقول
قال الشيخ القول قول المستودع لانه امينه ولا بدل له على حفظها ويحتمل
ان يكون قول المالك لانه منكر والاقوى عندي قول الشيخ فهو من خواص احكام
الوديعة والامانة قال دام ظله فان صدقه لا اذن وانكر التسليم فكدعوى
الرد اقول قد تقدم البحث في دعوى الرد قال دام ظله ولو مات المستودع
ولم توجد الوديعة في تركته فهي كالدين شرط على اشكال هنا ان اقر ان
عنده وديعة او علم وديعة او ثبت انه مات وعنده وديعة اقول الاشكال
السابق في اصل الضمان وهذا في كيفيته فنقول كيف يحتمل تقديم صاحب الوديعة
لحصولها لاصالة البقاء فاشتباه عينها ويحتمل التحاص كالديون والاصح
الاول لان حق الوديعة متعلق بعين التركة كالرهن قال دام ظله اما لو
لو كانت عنده في حياته ولم توجد بعينها ولم نعلم بقاؤها ففي الضمان اشكال اقول
ينشأ من قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدي وسبب سقوط الوجوب عنه
التلف بلا تفريط ولم نعلم لان الاصل بقاء ما كان على ما كان ومن ان هذه
اليد لا تقتضي الضمان وسببه التفريط والاصل عدمه واصل البقاء يعارضه اصالة
البراءة قال دام ظله فان ادعيا عليه احلفناه على نفي العلم يمينا واحدة ويحتمل
التعدد اقول وجه الاول وهو قول الشيخ في الخلاف انا نعلم ان احدى
الدعويين كاذبة قطعا لاستحالة اجتماعهما فلا تتوجه يمين فلا تتوجه الا عليها ع
لاحدهما وليست معلومة فيحلف لهما ووجه التعدد وهو اختيار ... ان
كل واحد منهما مدع بالنظر اليه دعوى يجب سماعها وامتناع صدق المجموع
من حيث هو مجموع لا يستلزم امتناع صدق كل واحد بانفراده والمنظور في
الدعوى الثاني خاصة ولجواز كونه بينهما المقصد الثاني في العارية
قال دام ظله والاقرب جواز اعارة الدراهم والدنانير ان فرضت لها
منفعة

منفعة حكمية كالتزين بها والضرب على طبعها اقول وجه القرب وجود المنفعة
مع بقائها او من عدم قصدها عادة واعلم ان الشيخ في المبسوط والخلاف جوز
اجارة الدراهم وعلل بجواز الانتفاع بها مع بقاء عينها ويلزم من قوله رحمه الله
وتعليله هذا جواز اعارتها ومنع ابن ادريس من اجارتها قال لانه لا منفعة لها
الا باستهلاك عينها ويلزم من تعليله منع العارية قال دام ظله ولو
قال اعرتك جاريتي لتعيرني فرسك فالاقرب الجواز لكن يلحب اقول وجه
القرب الاصل ومن انها بعوض والعارية بغير عوض والاقوى الاول لانه شرط لا
يخالف الشرع والاصل الجواز وليس بعوض لان المقتضي للعوض هو عقد واحد
وهنا ليس كذلك قال دام ظله اما لو لم يعر الباقي فالاقرب له الاجرة اقول
وجهه تعذر الشرط ويحتمل عدمه لان العارية لا تستعقب العوض والاصح الاول
لان كل شرط في عقد يثبت الفسخ بفواته فاذا انفسخت العارية انتفى مبيح للعين
بغير عوض فوجبت الاجرة قال دام ظله ولو رجع بعد البناء والغرس
والزرع فالاقرب الجواز لكن يشترط دفع ارش الغرس والزرع ولو قبل ادراكه
اقول القرب هنا في موضعين آ جواز القلع لانها عارية فالبحث للاصل والخلاف
هنا في مسئلتين احدهما في الغرس والبناء فان العارية لهما ان لم تكن الى مدة
معينة جاز له قلعها وان كانت المدة معينة قال ابن الجنيد ليس له قبل انقضائها
لثبوت الضرر على الغير والثانية في الزرع قال الشيخ وابن ادريس ليس له
قلعه قبل ادراكه وان دفع الارش لان له وقتا ينتهي اليه والاقوى عندي
اجابته ب في دفع الارش فمنعه قوم لانه غير مستحق البقاء ولا الكون وانما
هو عاريته والعارية لا تستعقب الضمان ولان له المطالبة بتفريغ ملكه
متى شاء وقال الشيخ وابن الجنيد بضمان الارش لانه وضع ما اذن فيه واذا اراد
لتفريغ نقصه فيضمنه وهو الاقوى عندي والاقرب عند المصنف قال
دام ظله والاقرب توقف تملك الغرس بالقيمة والابقاء بالاجرة على التراضي منهما
اقول الاقرب توقف تملك الغرس بالقيمة على التراضي للاصل وقال الشيخ وابن
الجنيد اذا دفع صاحب الارض قيمة الغرس اجبر المستعير على اخذها
ويملك صاحب الارض الغرس لانه لا ضرر عليه فيها والاقوى الاول لعصمة مال
المسلم واما توقف الابقاء بالاجرة على التراضي فاجماعي قال

قال دام ظله ولو رجع في عارية الجدار لوضع الخشب قبله جاز وبعده على الاقوى
في تقييده التخيير بين طلب الاجرة للمستقبل مع رضا المستعير وبين القلع
مع دفع ارش النقص **أقول** وجه القوة انه عارية فلا يلزم والاصل ويحتمل
عدمه كما مر في الغرس والاقوى الاول **قال** دام ظله وان ادى الى خراب
ملك المستعير لكون الاطراف الاخر مثبتة عليه على اشكال **أقول** قال الشيخ
ليس له الا ان الاجرة بعد الوضع وان ضمن الارش لانه يؤدي الى قلع جذعه من ملكه
مجبرا بخلاف الغرس لانه في ملك غيره وتبعه ابن ادريس واختار المصنف في
المختلف جوازه لانها عارية فله الرجوع فيها وان ادى الى خربة مال الغير
لانجباره بالارش وهذا هو الاصح عندي **قال** دام ظله ولو رجع قبل الغرس
فلم يعلم حتى غرس جاز له القلع مجانا على اشكال **أقول** ينشأ من ان المأذون
له في امر اذا رجع الآذن ولم يعلم المأذون هل يبطل اذنه ام لا كما في
الوكالة **قال** دام ظله وفي استحقاق الاجرة قبله نظر **أقول** ينشأ
من انه تصرف في ملك الغير مع زوال الاذن ومن عدم بطلان اذنه كما تقدم و
التفريط منه حيث غرّ فضعفت المباشرة وكان السبب اقوى **قال** دام
ظله ولو حمل السيل نواة فنبتت في ارض غيره اجبر على القلع والاقرب ان عليه
تسوية الارض لانه قلعه لتخليص ملكه **أقول** ويحتمل عدمه لان الفائدة
في تخليص ملك مالك الارض اعظم من فائدة مالك النوى والاول اقوى **قال**
دام ظله ولا فرق بين الغرس والزرع على اشكال ينشأ من ان الغرس والبناء
للتأبيد وللزرع مدة تنتظر فليس له الرجوع قبلها **أقول** ومن ان العارية
غير لازمة وقد تقدمت هذه المسئلة **قال** دام ظله وفي دخول المصوغ نظر
أقول ينشأ من دلالة رواية زرارة في الحسن قال قلت لابي عبد الله عليه السلام العارية
مضمونة قال فقال جميع ما استعرته فتوى فلا يلزمك تواه الا الذهب والفضة
فانهما يلزمان الا ان تشترط انه متى توى لم يلزمك تواه وكذلك جميع ما استعرت
فاشترطت عليك يلزمك والذهب والفضة لازم لك وان لم تشترط عليك
وهو عام في المصوغ وغيره ومن رواية الحلبي الصحيحة عن الصادق عليه السلام
ليس على صاحب العارية ضمان وصاحب العارية والوديعة مؤتمن خرج الدراهم والدنانير

بالاجماع

بالاجماع فيبقى الباقي على الاصل والقائل بان العام المخصوص لا يبقى حجة في الباقي لا يتم
هذا الاستدلال عنده وما رواه الحسين بن سعيد في الصحيح عن صفوان
عن ابن مسكان قال قال ابو عبد الله عليه السلام لا تضمن العارية الا ان يكون
اشترط فيها ضمانا الا الدنانير فانها مضمونة وان لم يشترط فيها ضمانا وما رواه
احمد بن محمد عن محمد بن ابي عمير عن حماد [illegible] عن عبد الملك بن عمرو عن ابي عبد
الله عليه السلام قال ليس على صاحب العارية ضمان الا ان يشترط صاحبها الا الدراهم فانها
مضمونة اشترط صاحبها او لم يشترط فمع هاتين الروايتين حكم بعدم ضمان العارية وهو
عام لان النكرة في النفي تعم الا في الدراهم والدنانير واشتراط الضمان فيدخل المصوغ
في عموم عدم الضمان لانه ليس بدراهم ولا دنانير وهذا المخصص للاستثناء الاول الى
الاول اعم من هذا لاستثناء القضيتين في الحكم الاول وخصوص الاستثناء في الباقي وعمومه
في الاول فكانت هاتان الروايتان اخص من الاولى والعام يبنى على الخاص مع جهل
التاريخ ولا تظن رجوع هذه الى ذكر بعض العام هل يخصص العام ام لا لان
هذه في قوة قضيتين احديهما جميع ما عدا الدنانير والدراهم لا يضمن في العارية والدراهم
والدنانير تضمن بالعارية والمصوغ هو ليس بدراهم والدنانير فنقول المصوغ هو ليس
بدراهم ولا دنانير وكلما هو ليس بدراهم ولا دنانير لا يضمن بالعارية ينتج المصوغ لا يضمن
بالعارية وهو المطلوب وقائل بقوله عليه السلام فانها مضمونة يشترط صاحبها او لم يشترط
شيئا آه ينبغي هنا ظن من توهم ان المستثنى [illegible] للاستثناء خاصة والاحكام لكن مضمونه
اصلا لان الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي بل يكون مستثناة من عدم الضمان
في العارية ومن اشتراطه بالاشتراط وقال الشيخ في المبسوط والذهب والفضة مضمونان
شرط فيهما ذلك او لم يشرط والاقوى عندي انه لا يضمن الا الدراهم والدنانير **قال**
دام ظله فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل ان كان مثليا والا فالقيمة يوم التلف ويحتمل
اعلى القيم من حين الضمان الى حين التلف **أقول** وجه الاول انه ما دامت
العين باقية يجب ردها ولا اعتبار بالقيمة وانما يجب بالتلف فيجب وقته ووجه
الثاني انه اذا فرط صار ضامنا مضمونا فكان كالغاصب ولان القيمة مضمونة
ولانه لو ضمنها الا [illegible] العين لم يحصل وقال ابن حمزة ان هلك مضمونا لزمته
قيمته يوم القبض فانه هلك غير مضمون بالتفريط لزم قيمته يوم التلف والاقوى يوم التلف

قال دام ظله وكذا لو شرط الضمان فنقصت ثم تلفت او استعملها ثم فرط
فانه يضمن القيمة يوم التلف لان النقص غير مضمون على اشكال اقول البحث هنا في
النقص بالاستعمال وضمان القيمة يوم التلف كان ح هو ضمان النقص وهذا قول الشيخ
في المبسوط قال لان ما ذهب من الاجزاء بالاستعمال ماذون في اذهابها بجرى العادة
ومن رواية وهب عن جعفر عن ابيه عليهما السلم ان عليا عليه السلم قال من استعار
عبدا مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن لحدث فجعل نقص الاجزاء مضمونا ولان مقتضى
الضمان مع عدم رد العين باجزائها وصفاتها بقيمة ما فات ولمنع صحة السند وعلى
تقدير صحته ضمان اعلى القيم مع التعدي لعمر هنا الاعلى لان نقص السوق لم يضمن
ونقص الصفات اولى والا صح الضمان وهو اختيار ابن الجنيد وابي الصلاح قال
دام ظله ويستقر الضمان على المستعير ومع الجهل بغصب الغاصب الا ان يكون ذهبا
او فضة فان للاقرب الرجوع على المستعير خاصة اقول اما القيمة فلانه دخل على
ان يضمنها فان كانت لم تتغير بزيادة ونقصان من حين الغصب الى حين التلف ولا الحيث
وان كانت في يد الغاصب انه ندم من حين قبضها المستعير الى حين التلف لم يضمن الغاصب
الزيادة لتلفها في يد مع كونها مضمونة عليه وانما تزول ضمان زيادة السوقية
برد العين ولم ترد دون المستعير وان نقصت في يد المستعير للصفة فهل يستقر
ضمانها على المستعير وان قلنا يستقر ضمان الاجزاء عليه مع بقاء العين فهنا اولى
وان لم نقل باستقرار ضمانها عليه مع التلف ان قلنا بضمانه اعلى القيم من المالك استقر
عليه هنا جميع القيمة والا استقر عليه قيمته يوم التلف وعلى الغاصب الفاضل
وان زادت للسوق فانتفى على ضمانه من المالك اعلى القيم وعدمه واما الاجرة فلانه
ضمن ما ملغه فلا يرجع به على غيره ويحتمل عدمه لانه غير لانه دخل في العارية على ان
لا ضمان عليه في المنافع واما ارش النقص بالاستعمال الماذون فيه فان قلنا
بضمانه من المالك ضمن واستقر عليه قطعا لانه اولى وان قلنا بعدمه اذا كان
بغير الاستعمال جاء احتمالا الاجرة والقيمة كما مر فهنا فرض هذه المسئلة
املاه على المصنف دام ظله والضابط ان كل يد يستحق يد الغاصب بغير اذن
المالك جهلا يضمان فكلما ضمنت على تقدير ان الغاصب مالك استقر ضمانه عليها
والا على الغاصب وهذا هو الصحيح عندي قال دام ظله ولو اذن في

زرع

زرع الحنطة تخطى الى المساوي والادون لا الاضر فلو تعداه جوّز القطع وعليه الاجرة
لو فعله والاقرب عدم اسقاط التفاوت مع النهي لا الاطلاق اقول الغرض
هنا في موضعين آ عدم اسقاط التفاوت وهو اجرة الحنطة من اجرة الاضر مع
النهي لانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فوجب عليه الاجرة هذا في الاضر واما المساوي
والادون فيه تمام اجرتهما ايضا كما لا يحتمل ضعيفا السقوط لانه اسقط عنه بدل
المنافع الحاصل بزرع الحنطة بغير عوض والزائد هو المضمون خاصة لانه غير
الماذون فيه فلزم على هذا التقدير ان المساوي والادون اذا ساويا اجرة غير
الماذون فيه واجرة الماذون او نقصت عنها ان لا شيء فيها وليس بجيد لانه تصرف في مقوم
بغير اذن المالك ب اسقاطه مع الاطلاق لانه اذن له في اسقاط هذه المنافع
فلا يجب عليه اجرتها ويحتمل عدمه لانه اذن في استيفائها في شيء خاص لا مطلقا
وثبوت الحكم للخاص لا يستلزم ثبوته لكل افراد كلية والاقوى اختيار المصنف في الموضعين
قال دام ظله في القيمة مع التفريط او التضمين على رأي اقول هذا اختيار
ابن ادريس في الموضعين وقال الشيخان وسلار وابن حمزة وابن البراج وابو الصلاح
القول قول المالك مع اليمين مع التفريط لبطلان الامانة بالخيانة ولان المالك
يدعي بقاء ما لم في ذمته والا الاصل بها هذا القدر والضامن يدعي براءة ذمته
من دفع هذا القدر اعني الذي يزعم انه مضمنه وانه برئ بدفعه والاصل البقاء وعدم
تجدد البراءة والاقوى الاول لاصالة براءته من الزائد قال دام ظله لو علم المستعير
فللمالك الرجوع باجرة المثل على من شاء ويستقر الضمان على الثاني مطلقا على اشكال
وكذا العين اقول الاشكال في استقرار الضمان على الثاني اذا كان جاهلا و
ينشأ من انه ضمن ما اتلفه فلا يرجع به على غيره لانه المباشر ومن تغريره فصار السبب
وهو المغرور اقوى واما العين فلان التلف في يد العارية مضمونة فيستقر الضمان
عليه والاقوى عندي عدمه لانه مغرور والمغرور اذا باشر الاتلاف بالاذن
لم يضمن فهنا اولى قال دام ظله لو اذن المالك في الجارية او الرهن لم يمنعه المصنف
الى انقضاء المدة على اشكال فيستقط المدة في الاجرة ويضمن المستعير في المعمور
دون المستاجر والرهن اقول منشأه من انه معقد لازم فيلزم ومن ان العارية
ليست بلازمة ولرواية الحسين بن سعيد في الحسن عن فضالة عن ابان عن عبد الله عن

لو عقد السعد الغير في رجل استخار قوما فرهنها أهل التباع الى متاعهم وقال بالجدون
متاعهم وترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال يدل على عموم المقال
والاقوى عندي وجوب الصبر لانه اذن في عقد لازم له **المقصد الثالث**
في اللقطة **مقدمتان آ** اختلف اهل اللغة في اللقطة بضم اللام وفتح القاف
فقال الفراء والاصمعي هي اسم المال الملقوط وقال الخليل بن احمد اسم الملتقط
لان ما جاء على فُعَلة فهو اسم كلفظ همزة ولمزة اما اللقطة بتسكين
القاف فهو المال وفي حديث زيد بن خالد الجهني احفظ اعدادها رواه علي وابنه
بالتحريك **ب** هل اللقطة حقيقة شرعية بمعنى ان الفقهاء غيروا احكامها او هو
مقرر على وضع اهل اللغة وانما يبحث الفقيه عن التقاط مشروط بشروط فهو
يبحث عن نوع خاص من الالتقاط فيه قولان وليس هنا موضع بحثه **قال** دام
ظله ولو تزاحم ملتقطان قدم السابق فان تساويا ففي تقديم البلدي على القروي
والقروي على البدوي والموسر على المعسر وظاهر العدالة على المستور نظر **اقول**
ينشأ من صلاحية كل للالتقاط والاولوية بحث ولكل ولاية وقد تعارضا
فلا ترجيح ومن انها شرعت لحفظ الطفل وكل من كان منه هذا اكد واولى
كان اولى بها والبلدي احفظ لنسبه ثم القروي والغني اقوى بادوده والعدل
محل الامانة واللقطة امانة وانما وجب الترجيح لاستحالة اشتراكهما منهما لا
ستلزامه اسقاط حق لزم له وعليه وتشريك الحضانة حرج والتناوب قاطع للانس
مغير للاخلاق والاولى عندي القرعة **قال** دام ظله في ترجيح دعوى
المسلم الحر على دعوى الكافر او العبد نظر **اقول** قال الشيخ في الخلاف الحر
والعبد والمسلم والكافر في دعوى النسب سواء لا مزية لاحدهم على الاخر وقال
في المبسوط ان الحر اولى من العبد والمسلم اولى من الكافر وقال ابن الجنيد لو ادعاه
حر وعبد الحقناه بالحر فان قامت البينة بانه ولد العبد الحقناه به واقررناه
على الحرية الا ان يكون البينة قامت بانه ولد من امة وتردد المصنف من حيث
صلوح كل واحد للابوة ومن حيثية المسلم والحر اولى من الكافر والعبد واما اقول
اذا التقط في دار الاسلام يقدم المسلم والحر لانا حكمنا باسلامه وحريته
وذلك يستلزم الحكم باسلام احد ابويه وحريته لان تبعية الدار انما هي بواسطة
تبعية

تبعية النسب لان المولود من كافرين لا يتبع الدار في الاسلام بل انما يتبع
الدار مجهول النسب فلا بد وان يحكم باسلام احد ابويه لكن نسبة الاب والام الحكم
في هذا واحدة فيحكم باسلامهما والا لزم الترجيح بلا مرجح ولانا نحكم بوجودهما
في دار الاسلام وتولده فيها وحريتهما لان الكافر والرق يحصلان بالجلب والاصل
عدم الجلب واذا حكم الشارع باسلام ابويه الحكم بكفر احدهما فلا يلحقه بالكافر لتنافيه
للحكم بالاسلام وكذا في الرق ولان المسلم يركن اليه في النسب وهذا يقبل دعواه مع
علم المعارض من غير بينة والكافر لا يركن اليه في شيء لقوله تعالى ولا تركنوا الى الذين
ظلموا فتمسكم النار نهى عن ادخال ماهية الركون في الوجود فيعم ولانه على اساس البناء
يحرز الركون مطلقا فيحرم ولما كان المحكوم بابوته مركونا اليه رجح المسلم على الكافر
قال دام ظله والاقرب افتقار الام الى البينة والتصديق بعد بلوغه **اقول** قال
الشيخ في المبسوط تقبل دعواها كالاب ووجه الفرق ان الاب مخرج بالجماع
فيبقى غيره على الاصل والاصح الثاني **قال** دام ظله فان اعترف المولى بعتقه فالوجه
القبول ويرجع الملتقط عليه ان كان العتق بعد قبل البلوغ **اقول** اذا كان الملتقط
مملوكا وانفق عليه الملتقط غير متبرع فله الرجوع على المالك ومع العتق يتعلق
برقبته فاذا تعلق بها فاعترف المولى بعتقه قال المصنف الوجه القبول ووجه القرب
ان الاصل في اللقيط الحرية وقد عضد اقراره الاصل فصار اقوى من الحكم بالرقية
ولانه لم يوجد ما ينافي هذا الاقرار لان الحاكم انما بنى على اصل البقاء وهو ضعيف
لا اقرار المالك بحريته والعتق مبني على التغليب ويحتمل عدمه لتعلق حق الغير به
والاصح الاول فان كان الاقرار قبل شروعه في النفقة لانه يصح منه انشاء العتق الان
فيقبل اقراره به وعلى هذا يرجع بالنفقة على المالك ان كان الانفاق قبل العتق
والتبرع **قال** دام ظله ولو كان بالغا او مراهقا فالاقرب المنع من اخذه
لانه كالضالة الممتنعة **اقول** ويحتمل الجواز لانه مال ضائع والاصح الاول
قال دام ظله والاقرب ثبوت الولاية للبلدي والبدوي ومنع الشرع **اقول**
وجه القرب انه تعاون على البر والتقوى فهو من باب الحسبات ويحتمل العدم
لانه يستتبع تصرفا في المال للنفقة عليه وربما ضاع نسبه لانها ولاية
فلا تثبت للمبذر **قال** دام ظله يجب على الملتقط الحضانة دون عمله الى

القاضي وهل له ذلك مع التبرم والقدرة نظر منشاؤه من شروعه في فرض كفاية
فيلزمه **اقول** الحضانة ولاية التربية والحفظ والرعاية اذا تقرر ذلك فنقول
الملتقط تلزمه الحضانة بالمعنى المذكور فان عجز سلمه الى الحاكم وهل له مع القدرة
والتبرم التبري منه وتسليمه الى القاضي ذكر المصنف فيه اشكالاً ومنشاؤه
ان الشروع في فرض كفاية هل يوجب اتمامه وهل يصير الشارع فيه متعيناً عليه ام لا
يحتمل الاول لقوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم ويحتمل الثاني للاصل ورجح جواز
تسليمه الى الحاكم لانه ولي الضايع والاقرب عندي عدم جواز التسليم الى الحاكم
الا لضرورة لانه قد ثبت عليه حق الحفظ والحضانة والاصل البقاء **قال** دام ظله
والاقرب ان له السفر والاستيطان به في غير بلد الالتقاط **اقول** ذهب الشيخ
الشيخ في المبسوط الى انه لا يمنع ان كان امينا ظاهراً وباطناً وان كان امينا
ظاهراً لخاصة منع لانه يخاف انه يسترقه ووجه القرب انه تشوق اليه وقال النبي عليه
السلام من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو احق به ولعدم المانع والبلد الثاني كالاول
ويحتمل العدم لئلا يضيع نسبه لانه انما يطلب في البلد الذي ضاع فيه والصحيح
عندي مذهب الشيخ في المبسوط **قال** دام ظله ولا بالكفر تحته وان كان معه
رقعة انه له على اشكال **اقول** منشاؤه من انه لا اماره والدلالة على تخصيص
اللقيط الذي الموضوع تحته ويحتمل عدمه لانها ليست بيده وهو الاقوى **قال** دام
ظله وكذا الحاق الجد والجدات وان كان الاقرب حينئذ على اشكال **اقول**
قال المصنف في التذكرة منشاؤه ان سبب التبعية القرابة لا بما لا يختلف بحياة
الاب وموته كسقوط القصاص وحد القذف ولان التبعية انما هي للاصالة وهي
ثابتة في الجد ولقوله تعالى الذين آمنوا واتبعناهم ذريتهم بايمان الحقنا بهم ذريتهم
واسم الذرية لقوله تعالى ومن ذريته للآية ومن ان علة التبعية القرابة وكلما
كانت اقرب كان المقتضي بها اولى ولان الشارع علق التبعية بالابوة وهي
في الجد مجاز او في الاب اولى واقدم لانه العلة القريبة والجد علة بعيدة فكان
الاب اولى ولقوله عليه السلام كل مولود يولد على الفطرة وانما ابواه يهودانه
وينصرانه ويمجسانه حصر السبب في الابوين وهما حقيقة في الابوين بلا واسطة
لا في الجد واللفظ انما يحمل على حقيقته ونزلناه في موت الاب كالمعدوم
حقيقة

فنفي صحابته **قال** دام ظله الثاني تبعية السابي المسلم على راي **اقول** المسلم
اذا سبى صبياً كافراً دون البلوغ منفرداً عن تبعه بالابوة قال الشيخ في
المبسوط يتبع السابي في الاسلام لان السبي ابطل حريته فبطل تبعية الابوة
وتبعيته الدار هنا منفية عنه ولا بد من طريق الى اسلام الطفل لانه لطف
فلا يمنعه فيتعين السابي فيه واستشكله المصنف لحصره عليه السلم سبب
كفر في كفر ابويه في قوله عليه السلم وانما ابواه يهودانه الحديث وحصر
علة الوجود في شيء يستلزم حصر علة العدم فيه ايضا لان علة الوجود هي علة
العدم لكن للاولى بوجودها والثانية بعدمها ولانه قد ثبت كفره بقوله
تعالى ولا يلدوا الا فاجراً كفاراً والحديث والاصل البقاء والاقوى عندي ما
اختاره والدي المصنف في آخر عمره وهو انه تبعه في الاسلام بالنسبة الى الطهارة
لا الى غيرها **قال** دام ظله فان بلغ واعرب عن نفسه الكفر ففي الحكم بردته
تردد **اقول** الحكم باسلام اللقيط انما يحصل من تبعية الدار لامتناع المباشرة
وجهل السبب في تبعية النسب والسابي عنه من يشبهه والضابط في تبعية الدار
ان كل صغير مجهول وجد في دار الاسلام او دار فيها مسلم واحد ساكن ولو
كان تاجراً او اسيراً الحكم باسلامه اذا عرفت ذلك فنقول اذا بلغ من
حكم باسلامه بتبعية الدار واعرب عن نفسه الكفر هل الحكم بردته تردد
والدي المصنف دام ظله فيه من حيث ضعف تبعية الدار لانها امارة على
خلافها وحكم الشارع بها تغليباً لحرمة الاسلام فالاستدلال بالنوعين الاولين
برهان لمي يفيد العلم والاستدلال بالامارة يفيد الظن ومن حيث
الحكم باسلامه فهو مسلم كفر بعد اسلامه وكلما كان كذلك فهو مرتد قال
الشيخ في المبسوط الا قوى انه لا يقبل بل يقرع ويهدد وتعال حكمنا باسلامك
يرجع الى الاسلام فعلى هذا لم يحكم بردته والاقوى عندي قول الشيخ وان
اعرابه عن الكفر كاشف عن كفره الاصلي **قال** دام ظله ولو جنى على طرفه
فالاقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص الى الذبيه **اقول** وجه القرب انه
مسلم حر معصوم وكلما كان كذلك اوجب قطع طرفه عمداً عدواناً
القصاص داما الاولى ظاهر لانا حكمنا باسلامه وحريته وعصمته والثانية للآية
وكلي وجه القصاص جاز لوليه استيفاؤه لان العلة الغائية

[illegible]

في شرع القصاص إنما هو حفظ الدماء عن التعدي عليها لقوله تعالى ولكم في القصاص
حيوة وهذه الغاية لا تتوقف على بلوغ المقتص له وإنما هي غاية يفوتها وولي اللقيط
الإمام أو نائبه فله استيفاء القصاص وإذا كانت الدية أصلح فالولي له على الأصح
كان له استيفاؤها ومنع الشيخ في المبسوط من استيفاء القصاص والدية
له مع كونه مميزا أعاقلا أو معتوها موسرا إلى بلوغه فإن بقي معتوها استوفى
الحاكم وإن كان معتوها معسرا جاز أخذ المال ومنع من الحماد على القصاص
الغايتين فيما ذكرنا بل التشفي غاية أخرى أيضا والفرق بين الصبي والمجنون أن للصبي
غاية معلومة منتظرة فلذا لا يختار إليها تفويتا وليس للمجنون غاية معلومة
تنتظر والمختار لا إلى غاية معلومة منتظرة تفويت والتفويت لا يجوز **فرع**
إن جوزنا أخذ الدية في المعتوه فهل للولي عليه إذا كمل ردها واستيفاء القصاص
قيل نعم لأنها ليست بواجبة بالأصالة وإنما هي بدل عن القصاص لتعذره فكانت
للحيلولة وقد رد بأن الحيلولة إنما هي بتعذر من جانب الجاني وليس كذا هنا بل من
المجني عليه ولو كانت للحيلولة لجاز أخذها للصبي المميز فهو عفو كلي وإسقاط
للقصاص **قال** كما لو طلبه وإن قتله حر فالأقرب سقوط القود للشبهة ويجب
الدية أو أقل الأمرين منها ومن القيمة على إشكال **أقول** إذا قتله حر
فإما أن يكون عمدا أو خطأ فإن كان الأول فقد يتفرع على الحر وقيل لا وهو
اختيار المصنف ومأخذ القولين أن الحكم بالحرية هل هو حكم مطلقا أو فيما لا يثبت
حرية شيئا على غيره لولا الحرية لما ثبت عليه كضمان ما يتلفه إذا أتلفه متلف
لأن المال المعصوم مضمون على المتلف فليس الضمان بسبب الحرية فإذا حكم
المتلف فلا عوض له فيه فيصل إليه يحتمل الأول لأن الأصل الحرية ولأن الدار
في المجهول لو لم تكن سببا لا يسلم الشارع جعلها دليلا لكن الثاني
باطل لأن الشارع جعلها دليلا ويحتمل الثاني لتعارض أصل الحرية وبراءة
ذمة من يستلزم حريته ثبوت شيء في ذمته وليس تقديم الحرية أولى من العكس
وعلى الأول يتفق ويدل عليه قوله تعالى النفس بالنفس وهو عام خص
بمن علم عبوديته أو كفره والعام المخصوص حجة في الباقي والمصنف
رجح الثاني على عاجزها لك وهو أن دم المسلم المعصوم مبني على الاحتياط
التام

التام فلا تقنع فيه بالظن بل باليقين ولا يقين مع قيام الشبهة واحتمال الرق وإن
ثبت القود في الحر حرية المجني عليه ولم نعلم والجهل بالسبب يستلزم الجهل بالمسبب ترتب على
سقوط القود هل تجب دية الحر المسلم أو لا أو الأقل منها ومن القيمة استشكله
المصنف وسيأتي تقريبه في الخطأ وإن كان الثاني وهو أن يكون القتل خطأ
فهذا الإشكال كما استشكله المصنف فعلى الأول تجب الدية كاملة وعلى الثاني
تجب أقل الأمرين من الدية والقيمة لأن المتيقن والزائد مشكوك فيه والأصل
عدمه والأقوى عندي وجوب كمال الدية لحريته المقتضي لكمال الدية موجود والمانع
وهو التجري على الدماء أو هو منتف بعد ثبوت التقصير الثابت في القصاص منتف **فائدة**
إنما قدر هذه المسألة في احتمال الرق ولم يقدرها في احتمال الكفر لأن الإسلام يعلو وأقوى
ولهذا يستتبع الحمل بعد وجوده بل ويحقق أيضا له قبل بلوغه بخلاف الحرية **قال**
كما لو طلبه وإن ادعى رقه لم تقبل من غير صاحب اليد ولا منها إذا استندت إلى
الالتقاط وإن استندت إلى غيره حكم ظاهرا على إشكال **أقول** المصير في قوله
استندت في الموضعين يرجع إلى اليد ويتفرع عليه أن اللقيط في دار الإسلام
الأصل فيه الحرية لأن الآدميين خلقوا ليستخدموا لا ليستخدموا وليملكوا لقوله تعالى
خلق لكم ما في الأرض جميعا لا ليملكوا إلا عقوبة عن الكفر ولأن أهل الدار أحرار
الأحرار والأرقاء طارئون فلهذا الأصل عدم الطلب إذا عرفت ذلك فنقول
من ادعى رقيته من غير مجهول حكم بحريته لتبعية الدار سمعت لإمكانها ثم لا يخلو
إما أن لا يكون الصغير في يده أو يكون فإن كان الأول لم يقبل واحتاج إلى
البينة وإن كان الثاني فإما أن يعرف استنادها إلى التقاط المنبوذ
أو لا بل عرفها فإن كان الأول لم يقبل لأن الأصل الحرية فلا تترك بمجرد الدعوى
وإلا لزم ترجيح المرجوح على الراجح وهو أولى بالاستحالة من ترجيح أحد المتساويين
والفرق بينه وبين المال أن المال مملوك وليس في دعواه تغيير لصفة أثبتها
الشارع واللقيط حر شرعا حكم بها الشارع وفي دعوى ملكيته تغيير هذه
الصفة وإن كان الثاني وهو أن لا يكون اليد مستندة إلى الالتقاط والإشارة
بقوله وإن استندت إلى غيره فقبل منه بغير بينة قولان قال الشيخ
في المبسوط يحكم له لشهادة اليد مع اليمين واستشكله المصنف لأن اليد

اما سببا تاما للملك كما في تملك المباحات وشرط البينة قبول المحل للتملك وهو
في اولاد المسلمين الكفر وقد حكم الشارع باسلام هذا الطفل فانتفى شرط البينة واما
علاقة اليد الدالة على خصوصية المالك وتعيينه وشرط الدلالة العلم بكون ما فيها
مملوكا لشخص ما والاصل الحرية فانتفى شرط العلاقة ولا حالة بالنسبة لليد تتعلق
بالملكية غير ما ذكرنا فالحكم برقه بها واعلم ان قول المصنف فان ادعى رقه
لا يمكن رجوع الضمير الى الملتقط لانه يحتمل التفصيل وهو قولنا اما ان يكون
المدعي الا الملتقط او لا عن الالتقاط بل الضمير في ادعى راجع الى المدعي كامل مسلم
والضمير في رقه راجع الى المفعول المجهول في دار الاسلام الذي الاصل فيه الحرية
والاسلام **قال** دام ظله فان بلغ وانكر ففي زوال الرق اشكال **اقول**
هذا فرع على الحكم برقه لمدعي اليد مطلقا او مع اليمين كما قال الشيخ وتقريره
انه اذا حكم عليه بالرق حالة الطفولية ثم بلغ وادعى الحرية وانكر الرق يحتمل عدم
القبول منه لانه قد حكم برقه فلا يزول الا بحجة هي البينة او اقرار من هو في يده كغيره
من العبيد اذا ادعى الحرية ويحتمل القبول لان الاصل الحرية والحكم بالرق
جرى لانه لم يكن له قول معتبر ذلك الوقت فاذا صار له قول معتبر فلا بد من قيام
البينة والاصح عندي وعند والدي عدم قبول دعوى ذي اليد هنا بالرق
بغير بينة شرعية فلا يرد هذا الفرع عندنا وانما يتفرع على مذهب الشيخ خاصة
قال دام ظله ولو شهدت بانه ولد مملوكته فاشكال ينشأ من انها قد تلد
حرا **اقول** ومن انتفاء جاريته واصالة تبعيته لها قال الشيخ في المبسوط الذي يقتضيه
مذهبنا انه لا يكون رقا لانها شهدت بالحكم من رقيته والعام لا دلالة له على الخاص
وهذا هو الاصح عندي **قال** دام ظله ولو اقر اولا بالحرية ثم بالعبودية فالاقرب
القبول **اقول** قال الشيخ في المبسوط لا يقبل لانا حكمنا بحريته والزمناه احكامها
من الحج والجهاد والطلاق ويريد بهذا الاقرار اسقاط ذلك عن نفسه فلا يقبل والمصنف
رجح القبول ومنشأ القولين قوله عليه السلام اقرار العقلاء على انفسهم جائز
وعند الشيخ مع التنافي حكم بالسابق وهو الحرية هنا للاصل ولانها حق لله
تعالى ثبت فلا تزول باقراره وعند المصنف انه يحكم بالرقية بالنسبة اليه
بالخبر والاقوى عندي اختيار والدي دام ظله **قال** دام ظله
ولو

ولو قذفه قاذف فادعى رقه وادعى هو الحرية تقابل اصلا براءة الذمة والحرية فيثبت
التعزير ولو قطع حر يده تقابلا ايضا لكن الاقرب هنا القصاص لان العدول الى
القيمة مشكوك فيه ايضا بخلاف التعزير المعدول اليه فانه متيقن **اقول** لما كان
التعزير جزءا من الحد ووجوب الكل يستلزم وجوب الجزء فكلما وجب الحد فالتعزير
ثابت وكلما لم يجب الحد فالتعزير ثابت لعدم خلو الامر عنهما فالعدول من الحد
الى التعزير عدول من ظاهر لان الظاهر الحرية شرعا الى متيقن واما العدول
من القصاص الى القيمة فعدول من الظاهر وهي الحرية الى المشكوك فيه وايضا فان
العدول من الحد الى التعزير عدول من محتمل النقيض لان الحرية ليست متيقنة الى ما
لا يحتمل النقيض لان وجوبه يقيني واما العدول من القصاص الى القيمة فعدول من ظاهر
حكم الشارع به وهو الحرية الى مرجوح لان وجوب القيمة تابع للرقية وهي مرجوحة
والاصح عندي اختيار المصنف **المقصد الثاني** في الحيوان **قال** دام ظله
وفي رد العين مع طلب المالك اشكال **اقول** يجوز لاهل التكسب اخذ البعير الضال
المجهول المالك في فلاة مع فقد الكلاء والماء معا وعلك هو او ماله ولا ضمان ولو
جاء المالك فطلبه ففي وجوب رد العين اشكال ينشأ من عموم قوله عليه السلام
على اليد ما اخذت حتى تؤدي ومن وجد شيئا فهو له فلم يتبع بوجوب باشتراط الرد فاذا جاء طالبه رده
اليه ولانه كان مستحقا له قبل الالتقاط والاصل البقاء وملك الاخذ
انما يمنع لو كان مستقرا لازما وهو ممنوع فان التملك الطارئ اعم من ذلك
كالهبة للاجنبي لعدم عوض ومن عموم قول الصادق عليه السلام من اصاب مالا
او بعيرا في فلاة من الارض قد كلت وقامت وسيبها صاحبها لما لم يتبعه
فاخذها غيره فاقام عليها وانفق نفقته حتى احياها من الكلال ومن الموت فهي
له ولا سبيل له عليها وانما هي مثل الشيء المباح ولثبوت ملك الثاني شرعا وزوال
ملك الاول عنها والاصل بقاء زوال الملك والاقوى عندي انه لا يملكها
احدهما **قال** دام ظله اما الشاة فتؤخذ ويتخير بين حفظها لمالكها
او دفعها الى الحاكم ولا ضمان فيهما وبين تملكها والضمان على اشكال
اقول اذا اخذ الشاة الضالة في الفلاة يتخير بين حفظها لمالكها
وبين دفعها الى الحاكم ولا ضمان فيهما اجماعا وبين تملكها وهل يضمن فيه
اشكال ينشأ من اطلاق الاصحاب انه يملكها من غير تقييد بضمان

والاصل عدمه ومن عموم الرواية الاولى ووجوب صيانة مال الغير فالاقوى
الغرامة اذا وجدها المالك وطلب قال دام ظله ولو كانت شاة حبسها
ثلاثة ايام فان جاء المالك والا باعها وفي اشتراط الحاكم اشكال وتصدق
بثمنها وضمن ان احتفظ ولا ضمان اقول اذا اخذ شاة من العمران حبسها
ثلثة ايام فان جاء المالك سلمها اليه والا باعها وهل يشترط في البيع اذن
الحاكم اشكال ينشأ من عموم اطلاق الاصحاب اذن البيع ومن وجود
قائم مقام المالك وهو الحاكم لانه ولي الغياب وهذا هو الاصح عندي
ان امكنه استئذان الحاكم قوله او احتفظ ولا ضمان عدم الضمان يرجع
الى الاحتفاظ خاصة قال دام ظله وفي الصدقة بعينها او بالثمن قبل الحول
اشكال اقول هنا مسئلتان آ هل يجوز التصدق بعينها استشكله المصنف
من حيث ان هذا التصرف على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع النص ومن حيث
انه اذا جاز تصرفه في الصدقة بواسطة فليجز بغير واسطة ولان
البيع اثبات ولاية له في تصرفه وهو على خلاف الاصل ايضا ففي جواز الصدقة
بها تقليل لخلاف الاصل والاقرب عندي الاقتصار على محل النص ب هل
يجوز بيعها قبل الحول والتصدق بثمنها ام يجب تعريفها سنة ثم بيعها
وتصدق بثمنها يحتمل الاول لعموم الاذن في بيعها من غير شرط فلو كان
مشروطا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ولانه اغراء بالجهل ولانه جعل البيع
غاية لتمام ثلثة ايام ويحتمل الثاني لعموم الامر بالتعريف حولا وللاحتياط فانه يجوز
في اثناء السنة ظهور المالك فيتعلق غرضه بعين ماله والاصح الجواز للاطلاق وقول
الاصحاب قال دام ظله ولو لم يجد الآخذ سلطانا انفق ورجع على
اشكال اقول ينشأ من انه متبرع بالنفقة وهو قول ابن ادريس ومن وجوب
الحفظ ولا يتم الا بالنفقة فتجب والجواز اذن شرعي في الانفاق فرجع مع عدم
قصد التبرع وهو الاقوى عندي قال دام ظله وهو مكروه وان وثق من
نفسه ان كان في غير الحرم وفيه يحرم على راي اقول هذا هو المشهور ويظهر من عبارة
ابن البراج جواز اخذ ما سقط على الارض في الحرم والاول هو الصحيح عندي لقوله
تعالى اولم نجعل لهم حرما آمنا ولما رواه ابرهيم بن ابي البلاد عن بعض اصحابه
عن

عن بعض اصحابه عن الماضي عليه السلم قال لقطة الحرم لا تمس بيد ولا رجل ولو ان
الناس تركوها لجاء صاحبها فاخذها وما رواه علي بن حمزة عن العبد الصالح
موسى بن جعفر الكاظم عليه السلم قال سألته عن رجل وجد دينارا في الحرم فاخذه
قال بئس ما صنع ما كان ينبغي له ان يأخذه الحديث قال دام ظله ولو عرف
الخيانة حرم الالتقاط ولو خاف ففي الجواز نظر اقول ينشأ من عموم النهي
ومن انها امانة فلا يليها غير الواثق من نفسه والاصح التحريم قال دام ظله
ولو قال ناولنيها فنوى الاخذ لنفسه فهي له والا فللآمر على اشكال اقول
هذه مسئلة مبنية على ان الالتقاط هل يقبل النيابة ام لا وهو مذكور في باب الوكالة
ونقول هنا يحتمل ثبوتها للآخذ لثبوت احكامها الملزومة لها له وكلما
ثبتت الاحكام الملزومة ثبت له السبب اللازم اما الاولى فلان ابا عبد الله عليه
السلم سئل عن اللقطة يجدها الرجل فيأخذها قال يعرفها سنة فان جاء لها
طالب والا فهي كسبيل ماله اشتغلت الاحكام بمجرد الاخذ ولانه بمجرد الاخذ يوجب
الالتقاط كما في الصبي والمجنون من غير اعتبار القصد واما الثانية فظاهر ويحتمل
ثبوتها للآمر لان النية في تملك المباحات انما مجرد الاخذ بلا شرط واما القصد
خاصة واما المجموع والاولان باطلان فتعين الثالث اما الحصر فلحصر التقسيم واما
بطلان الاول فلانه لولاه لملك الصائد الذي في جوفها السمكة مع الجهل
بها واما الثاني فظاهر البطلان والثالث يستلزم المطلوب قال دام ظله
اما الصبي والمجنون فللولي ان ينتزعها من يدهما ويتملكها لهما بعد التعريف
ويتولاه الولي اذ اخذها ولو تلفت في يده فالاقرب ذلك لانه ليس اهلا
للامانة ولم يسلطه المالك عليه بخلاف الايداع اقول ويحتمل عدم الضمان
لان الشارع سلطه على اخذه وهو كتسلط المالك والاصل عدم الضمان
واعلم ان الاصول التي بنى عليها مسائل هذا الباب ان كل لقطة احدها
في الابتداء هي الالتقاط وهو سبب ثبوت الاحكام ففي غير الحرم ليست
مضمونة وكل لقطة يصح تملكها فيجب تعريفها ففيها معنى الامانة
والولاية في الابتداء والاكتساب في الانتهاء وهو الاغلب والاقوى لانه
غايتها ولا استقلال للملتقط بالتملك اختيارا الا الحق على المالك سبق

اذ لا ولاية له ولانه التصرفات وهذا خاصة الاكتساب فمن ثم كان للصبي والمجنون اهلية
الالتقاط وكان للاقرب ضمانه بعد الاخذ اذا تلف وهو الاصح عندي واشار
بقوله لانه ليس اهلا للامانة الى ان الالتقاط اكتساب محض خلاف الكثير
قال دام ظله ولو قصر الولي فلم ينتزعه حتى اتلفه الصبي فالاقرب تضمين
الولي اقول وجه القرب ان هذا اكتساب الطفل فلا يجوز للولي جعله
في يده ويجب عليه اخذه كما لو احتطب الطفل او احتش وتخليته الحفظ فله الولاية
والامانة وتركها في يده اهمال لها فيضمن ولان استدامة يد الطفل تصيرها
بيد ضمان اذا تلف على ما ذكر انه ليس باهل للامانة لان كل اهل للامانة
مكلف والصبي ليس بمكلف ولانها معرضة لان يتلفها الصبي باهمال الولي وهو
مناف لحفظ مال الطفل الواجب عليه فيجب اخذها منه واذا اهمل الواجب ضمن
ويحتمل عدمه لانه لم تدخل في يده والاصل البراءة من الضمان والاقوى الضمان
قال دام ظله ولو اعتقه المولى قال الشيخ للسيد اخذها لانه من كسبه
والوجه ذلك بعد الحول اقول اذا التقط العبد لقطة وصح التقاطه
كان باذن له المولى في الالتقاط او في الاكتساب ثم اعتقه المولى قال الشيخ
للمولى اخذها لانها كسب عبده حال عبوديته وكل كسب عبده حال عبوديته
فله اخذه اما الاولى فلان علة صحة التقاط العبد كونه اكتسابا ولانه يجوز
ان ياذن السيد في الاكتساب واما الثانية فظاهر وقال المصنف الوجه ذلك
بعد الحول اللام في الحول للعهد اي بعد الحول الذي عرف فيه تعريفا صحيحا
لان الملتقط في هذا الوقت كسب لما تقدم ولانه بعد الحول لم يتوقف تملك
اللقطة على النية بل تملكها بمضي الحول وعدم قصد التقاطها امانة فالملك حينئذ
للسيد وان توقف التملك على النية ثبت للسيد ملك ان يملك فلا يزول بالعتق
واما قبل الحول فهي امانة وولاية وليس للسيد بعد العتق اخذ الامانات
التي في يد العبد بعد عتقه والتحقيق ان هذه المسئلة تبنى على ان الالتقاط هل
هو للسيد ابتداء او لا بل هو للعبد وامانة في يده فعلى الاول للسيد اخذها
مطلقا وعلى الثاني ليس له اخذها اذا كان العتق قبل الحول قال
دام ظله وان كان في الحرم وجب تعريفه حولا فان لم يوجد المالك تخير
بين

بين الصدقة وفي الضمان قولان وبين الاحتفاظ ولا ضمان اقول قال
الشيخ في النهاية في باب آخر من فقه الحج والمبسوط والخلاف نص عليه وقال ابن
الجنيد وابن ادريس وقال في النهاية في باب اللقطة لا ضمان عليه وهو قول المفيد
وابن البراج وسلار وابن حمزة وجدي رحمه الله واختاره المصنف في المختلف
الى قوله لانه اتلاف مال الغير بغير اذنه ولما رواه علي بن حمزة عن العبد الصالح موسى
بن جعفر الكاظم عليه السلام قال سألته عن رجل وجد دينارا في الحرم فاخذه قال
بئس ما صنع ما كان ينبغي له ان ياخذه قال قلت له ابتلي بذلك قال يعرفه قلت قد
عرفه فلم يجد له باغيا فقال يرجع الى بلده فيتصدق به على اهل بيت من المسلمين فان
جاء طالبه فهو له ضامن احتج المجوزون بانه فعل ما امر به من الصدقة فلا يجب
عليه عقوبة الضمان والجواب لا منافاة بين الامر بالصدقة والضمان
كلقطة غير الحرم اجماعا قال دام ظله وان كان في غير الحرم فان كان مما
دون الدرهم ملكه من غير تعريف ولو وجد المالك فالاقرب الضمان اقول
وجه القرب انه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فاستحق الضمان اما الاولى
فلثبوت الملك للمالك قطعا والاصل البقاء ولان الضياع غير ناقل للملك
عن المالك وكونه ابيح التملك لا يبطل عنه حقه واما الثانية فلقول
الباقر عليه السلام من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى ياتيه طالبه فاذا جاء طالبه رده
اليه خرج رد العين بالاجماع فبقي القيمة وليس ذلك عن غير الدرهم لان الغاء
للتخصيص من غير ترجيح وانما يقتضي التملك والانتفاع الوجدان بلا فصل في الدرهم فما
دون اما ما زاد ولا يتحقق فيه ذلك الحكم لتحلل التعريف منه والنية فهو ترجيح عنه مع ع
ولو كان شرطا في الدرهم لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة للاغراء بالجهل
وتقدم ما يجب بالحنث واعلم ان وجوب الضمان هو قول ابن ادريس وقال الشيخ
في النهاية وابو الصلاح لا يضمن واما المفيد والشيخ في الخلاف والمبسوط وسلار
فلم يحكموا بضمان ولا عدمه بل جوزوا اخذه والانتفاع به من غير تعريف اذا
تقرر ذلك فنقول سبب الضمان في اللقطة هو تملك ملك الغير فعلى
قول ابن ادريس والمصنف هو سبب مطلقا واما على قول الشيخ في النهاية فهو مشروط
ببلوغ الدرهم او الزيادة قال دام ظله والاقرب الاكتفاء بقول العدل وفي حينئذٍ
وجوب اللاحق نظر اقول هنا مسئلتان ا يجوز التعريف بنائب اجماعا وهل

يكتفي بقوله في التعريف لو قال اني عرفت حكم المصنف بأن الاقرب القول انه كان عدلا لان الاصل صيانة العدل عن الكذب ولجرى اقامة البينة عليه ولانها ولانه له ويحتمل عدمه للاصل ق انه لو استاجر العدل في التعريف فعلى من قوله في التملك هل يجب الاجر فينظر منشأه ان التملك معلول لوجود التعريف وثبوت الاجر معلول له والحكم بثبوت احد المعلولين يستلزم الحكم بثبوت الاخر وانه اجارة على الغير لمجرد الدعوى والاقوى عندي عدم وجوب الاجر قال دام ظله ولو اخر الحول لا ولا عرف في الثاني وله التملك بعده على اشكال اقول ينشأ من رواية محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلم قال سالته عن اللقطة قال لا ترفعوها فان ابتليت فعرفها سنة فان جاء طالبها والا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك الى ان يجيء لها طالب والقاء للتعقيب بحسب ما يمكن فشرط في التملك التعريف سنة عقيب الالتقاط بلا فصل وعدم مجيء المالك والمجموع ينتفي بانتفاء جزء من اجزائه ولان التعريف لامكان لقاء المالك وانما يمكن في وقت طلبه والظاهر انه بعد الحول يايس منها فينتفي فائدة التعريف ومن عموم رواية الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلم في اللقطة يجدها الرجل الفقير اهو فيها بمنزلة الغني قال نعم واللقطة يجدها الرجل ويأخذها قال يعرفها سنة فان جاء لها طالب والا فهي كسبيل ماله فلو كان الفور معتبرا لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة ولعدم جواز جعل الاعم من الشيء مكانه ع قال دام ظله ولو نوى التملك ثم عرف سنة فالاقرب جواز التملك اقول لبطلان النية فكان وجودها كعدمها ولان جزء العلة لا يصلح ان يكون مانعا ويحتمل عدمه لانه اخذه مال غيره على وجه الحولة اخذ فاشبه الغاصب والاقوى عندي الاول قال دام ظله ونية التملك تحصل الضمان وان لم تطالب المالك على راي اقول قال الشيخ في المبسوط يلزم الملتقط الضمان بعد مطالبة صاحبها لقوله عليه السلم من وجد لقطة فليشهد ذا عدل ولا يكتم ولا يغيب فان جاء صاحبها فليردها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء والاقوى الضمان بالتملك لنا انه تملك مال الغير بغير اذنه فيضمن قال دام ظله ولا فصل بعد التعريف حولا ونية التملك على راي اقول هنا ثلاثة اقوال آ ذهب ابن ادريس الى انه تدخل في ملكه بغير اختياره وهو ظاهر كلام الشيخ في النهاية وابي الصلاح ب قال الشيخ في المبسوط لا تدخل في ملكه الا باختياره وبذكر فيه نيته

فلا

رابع عشر

فلا بدّ منها وان لم يتلفظ واختاره المصنف في الخلاف وهو الصحيح عندي ج انه لا تدخل في ملكه الا باختياره بان يقول اخترت ملكها وهو قول الشيخ في الخلاف وابن حمزة وابي الصلاح احتج الاولون بقول الصادق عليه السلم يعرفها سنة فان جاء لها طالب والا فهي كسبيل ماله رواه الحلبي في الصحيح عقيب التعريف وعدم مجيء المالك يجعلها كسبيل ماله لان الفاء للتعقيب من غير تراخ فلا يكون معلقا على غيره والا لتراخى عنه واحتجت الفرقة الثانية بقول احدهما عليهما السلام والا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك والفاء للتعقيب وصيغة افعل للامر ولا اقل من ان يكون للاباحة لانه ليس للتهديد قطعا فيدل على ان يكون المامور به مقدورا بعد التعريف وعدم مجيء المالك لانه عقب امره بالجعل بعدم مجيء المالك والتعريف سنة ولم يذكر اللفظ فلو شرط لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة وفيه منع بل هو متاخر عن وقت السؤال وهو محذور ايضا فلا يشترط اللفظ وهو المطلوب واحتج الفرقة الثالثة بان ما قبلناه مجمع على ملكه به وغيره ليس عليه دليل قال دام ظله وهل يملكها مجانا ويتجدد وجوب العوض بمجيء المالك او بعوض يثبت في ذمته اشكال اقول قد تقدم البحث في ذلك ومنشأه قول النبي عليه السلم فان جاء صاحبها والا فهي له مال الله يؤتيه من يشاء فجعلها من المباحات وقوله عليه السلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ويمكن الجمع بينهما بتملكه مجانا ثم يتجدد وجوب اداء العوض بمجيء المالك كما ذكر قال دام ظله وما يوجد في المفاوز او في خربة قد باد اهلها فهو لواجده من غير تعريف ان لم يكن عليه اثر الاسلام والا فلقطة على اشكال اقول ذكر الشيخ في النهاية وابن ادريس ما يجده في موضع خرب قد باد اهله واطلقا لرواية محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلم قال وسالته عن الورق يوجد في دار فقال ان كانت الدار معمورة فهي لاهلها وان كانت خربة فانت احق بما وجدت وما في الاستفهام والجواب اه للعموم ولما حمله عند المصنف على انتفاء سكة الاسلام اذ بعد البعد يتحرج لا ذهب في المبسوط الى انه يكون لقطة مع اثر الاسلام عليه لدلالته على سبق ملك المسلمين له وهو الاقوى عندي قال دام ظله ولو كان لها مالك فهو له ولو اشتراه عن البيع البائع عرفه فان عرفه فهو احق به والا فهو لواجده وهل يجب تتبع من سبق من الملاك اشكال اقول الفرض ان ذلك الشيء الموجود في الممتلكة مباح في الاصل والدفينة في افتقاد تملك المباحات الى النية لانه لو كان المباح يملك بمجرد دخوله في يد من له اهلية تملكه وكان الصياد كذلك تملك

الصيادلك الشيء لكن التالي باطل بالرواية والمقدم مثله قال دام ظله ولو
فقدت من الملتقط في اثناء الحول او بعده من غير نية التملك احتمل الرجوع
في مال الميت وعدمه اقول منشأه من قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدي
وانها امانة والاصح عدم الرجوع قال دام ظله فان رد العين وجب على المالك
القبول وكذا لو عابت بعد التملك مع الارش على اشكال اقول منشأه من
وجوب القيمة بوجود العيب ومن ان مناسبتها مع الارش للصحيحة وسدها
معه مسدها اكثر من القيمة فوجب قبولها والاصح الاول لان التملك
المضمون بغير عقد في غير المثلي بالقيمة فوجب التملك بها القيمة لا اعيان ذوات
القيم لانه المتقدم واذا كان كذلك والاصل بقاء وجوب القيمة ورد واله
يحتاج الى دليل وليس ومنع اعتبار المناسبة انما المعتبر المثلية او ما
تقوم مقامها على اختلاف الناس ولم يحصل قال دام ظله والزيادة المنفصلة
والمتصلة في الحول للمالك وفي بعضه اللقطة نظر اقربه ذلك وبعده للملتقط
ان تجددت بعد نيته التملك والا فكالاول اقول منشأه من جهالة المالك وكون
سببا لليد الا الالتقاط لانه سبب الاصل الذي هو سبب النماء وسبب السبب ومن
انه لم يوجد بعد ضياعه وعلته العلة عليه مجازا واللفظ محمول على الحقيقة والاقرب
عندي انها لقطة

الفصل الرابع في الجعالة مقدمات ا الجعالة لغة
ما يجعل على ما يفعل وشرعا الصيغة الدالة على الاذن في عمل بعوض التزمه
به ب لما احتيج الى هذا العقد لرد الضوال والاباق ذكره عقيب اللقطة
وغايته صحة التزام العوض على الاعمال المجهولة لان الحاجة ماسة اليها قال
دام ظله وكذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع والا فاشكال اقول
اذا جعل على رد ضالة بلفظ عام كمن رد عبدي فرده من لم يسمع الجعل لا على
قصد التبرع بل على قصد اخذ عوض استشكله المصنف ومنشأ الاشكال
من عدم قصد التبرع وسبق الجعل من المالك وعموم اللفظ له ولان الاعتبار
انما هو بصيغة الجاعل وهي قوله من سبق فعل كذا فله كذا لانه قد فعل ما جعل
عليه ومن انه شبه حكمه حكم الجاهل لاستحالة خطاب الغافل ولو لم تقصد به
جوابا للجاعل وبه يستحق وغيره متبرع قلنا ممنوعان بل سبب الاستحقاق
صدور الايجاب من الموجب والعمل من القابل والاصح عندي الاول
قال دام ظله ولو قيل بجواز الجهالة اذا لم يمنع من التسليم كان حسنا كقوله
من رد عبدي فله نصفه ومن رد ثوبي فله ثلثه اقول شرط
الاصحاب

الاصحاب في الجعل العلم لنهيه عليه السلام عن الغرر ووجه الحسن ان الجهل منع
منه لمنعه التسليم اذ اداؤه الى المنازعة وكلاهما منتف هنا ولان العمل وهو
احد العوضين جاز جهالته فليجز في الاخر وانما لم نجزم به لان بالعوض يحصل
الرضا الجاز توهمه كثيرا فرضي به وكان في نفس الامر قليلا والاصح عندي الفقه
قال دام ظله فلو جاء به الى باب منزله فهرب او مات لم يستحق شيئا ويحتمل الا
ستحقاق مع الموت بالنسبة اقول لانه فعل بعض المامور به ووجه العدم
عدم الفائدة لان استحقاق الجعل موقوف على تمام العمل وهو انما يتحقق
برده الى الجاعل وتسليمه اليه لانه هو فائدته بخلاف الاجارة والاستحقاق
في الموت خاصة اقوى عندي قال دام ظله وان نقصت قيمة العبد او البعير فاشكال
اقول منشأه من عموم النص ومن عدم الفائدة وانه خلاف الظاهر والاولى
اقل الامرين من اجرة المثل ومما نص الشارع عليه قال دام ظله ولو استدعى الرد
ولم يبذل اجرة فالراد متبرع على اشكال اقربه ذلك ان استدعى مجانا اقول
منشأه من انه فعل مامور به ومن ان الامر لا يستلزم ضمان الاجرة ووجه الاقربية
ظاهر لانه اذا استدعى مجانا فتبرعه ظاهر والا كان على الامر لعدم تبرعه
قال دام ظله ولو رد من ابعد لم يستحق ازيد من المسمى ان دخل الاول دون
قصد الجهة على الاقوى اقول وجه القوة انه متبرع بالنسبة الى ما زاد من الامر بالرد
فيكون له اجرة المثل والاقوى الاول قال دام ظله ولو وجده في المعين فاشكال
اقول منشأه من عدم الفعل المجعول عليه ومن انه فعل غير متبرع به فيستحق والاقوى
انه لا شيء له قال دام ظله ولو اختلفا في قدر الجعل او جنسه تحالفا وثبت اقل
الامرين من الاجرة والمدعى لانه اذا انتفى المدعى على الجاعل فهو معترف بعدم استحقاق
الزائد وان زاد فقد بطلت الزيادة بيمين الجاعل واكثر الامرين مما ادعاه
الجاعل والاجرة لاعترافه باستحقاق الزائد ان زاد ففي هذه الصورة يحتاج الى
يمين المجعول له وان نقص فقد بطل بيمين المجعول له والاحتمال الثاني قول الشيخ
في المبسوط والخلاف وتبعه ابن البراج لان القول قوله في الاصل فكذا في قدره لانه
تابع له والاقوى عندي ثبوت اقل الامرين مما ادعاه العامل وللاجرة واكثر
الامرين مما ادعاه المالك والاجرة

كتاب الغصب

وتوابعه وفيه مقاصد المقصد الاول
في الغصب مقدمة للاصحاب في الغصب عبارتان ا الاستقلال

باثبات اليد على مال الغير عدوانا اذ اخذ مال الغير على جهة التعدي هو الاستيلا
على مال الغير بغير حق وهذا اعم من الاول لدخول اخذ المودع ثوبه مثلا في
غيبته لظنه ثوبه في المسالة وخروجه من الاول وبيان ذلك المقبوض بالبيع
الفاسد والسوم في كونه مضمونا على ممسكه فلهذه المناسبة ذكرهما هنا
قال دام ظله او قبض بالبيع الفاسد او للسوم على اشكال اقول
الاشكال في المقبوض بالسوم ومنشاؤه اختلاف الاصحاب والمشهور انه
مضمون وهو اختيار ابن ادريس في باب المضاربة وقال في موضع آخر من كتابه
لا يكون مضمونا وهو اختيار المصنف في المختلف احتج الاولون بقوله عليه
السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدي والآخرون بالاصل والاقوى عندي الاول للخبر
قال دام ظله ولو غصب شاة فمات ولدها جوعا او حبس المالك عن حراسة
ماشيته فاتفق تلفها او غصب دابة فتبعها الولد ففي الضمان نظر اقول ينشأ
في الاول من انه مات بسببه لصحة اسناده اليه عرفا ولان السبب هو فعل ما يحصل
الهلاك عنده لعلة سواه وهذا تفسير بعض الفقهاء وزاد آخرون ولولاه لما
اثرت العلة وهذا التفسير ادل فعلى هذا السبب هو سبب ولانه عكس اعتياضه
بغيره فهو اتم وليس بسبب ولانه لا يد له عليه ولا مباشر فلا ضمان وهذا هو
منشأ النظر في الباقين وايضا ينشأ في الثاني من انه تصرف في المالك لا في المال
ومن حيث انه سبب عرفا واما في الثالث فمن حيث انه سبب لحدوث مثل نسبة القوى
لوجود ميل الولد الى امه طبعا فهو سبب ومن الشك في كونه سببا شرعا في الضمان
والاصل البراءة ولانه لا يدخل تحت اليد بذلك وهو ظاهر فانه يصدق كلما صاد
بوقعت اليد صاحبه مستوفيا لو وقع من الحرز حفيه وتلزمه كلما لم تعرشو دفعا
لو وقع من الحرز خفيه لا يضمن تحت اليد والولد لا يضمن وقياسك لو وقع من
الحرز حفيه فلا يضمن به تحت اليد قال دام ظله ولو تلف الصغير في يد الغاصب
بسبب كلدع الحية ووقوع الحائط ضمن على راي اقول هذا اختيار الشيخ
في كتاب الجراح من المبسوط لانه فوته من سبب الاتلاف والخلاف لا ضمان عليه
لاصالة البراءة ولعدم دخول الحر تحت اليد والاقوى عندي عدم الضمان
لانتفاء اليد والمباشرة لانها فعل ما يضاف الاتلاف اليه حقيقة قال
دام ظله ولو استاجر لعمل فلم يعمله ولم يستعمله ففي استقرار الاجرة
نظر

نظر اقول ينشأ من انه للاجرة ملكها الموجر بنفس العقد وقد مضى زمان
يمكن العمل فيه وبذل الموجر فاستقرت الاجرة ومن ان الحر لا يدخل تحت
اليد ومنافعه تضمن بالتفويت لا بالفوات والتحقيق ان هذا اهل هو تمليك المنافع
فاذا اهمل استيفاؤها حتى تلفت لم يضمن اجماعا وهو كالدين في ذمة الحر فلا يسقط
الا بالاستيفاء او الابراء وللشبه الثاني ان الحر يستحق عليه في ذمته ولا
يملك عينه ولا منافعه لانها معدومة فيتبع للاصل في الملك او اليد وهما
منتفيان في الحر ويرد استحقاق المستاجر الاول اجرة المثل على من استعمل
الاجير الخاص ثانيا قال دام ظله ولو غصب خمرا من مسلم او متظاهر لم يضمن
وان كان كافرا ضمن للكافر المستتر بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل وان
اتلفه الكافر على اشكال اقول ينشأ من صحة بيعه وشرائه اياه عندهم وقد
اقرارهم عليه ولان كل مضمون مثلي انما يضمن بمثله الا لمانع وهو هنا اسلام احدهما
فمع عدمه يجب المثل وهو اختيار ابي القاسم ومن ان دين الاسلام لا يوجب خمرا وهو
الحق قال دام ظله ولو نقل صبيا حرا الى مسبعة فافترسه سبع ففي الضمان اشكال
اقول ينشأ من انه سبب ومن ان الحر لا يدخل تحت اليد وهو اختيار الشيخ
في المبسوط والاقوى عندي الاول لانه فعل يتوقع التلف عنده فيكون سببا
للضمان فيضمن لان السبب يوجب الضمان مع انفراده كالمباشرة قال دام ظله ولو
زوج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاد ويرى الغاصب
وفي الارش اشكال وكذا لو وهب منه اقول انما نفوذ الاستيلاد فلوجود
المقتضي له وهو علوقها بملكه من ولد من الكهاحسن العلوق فلو شرط فيه
العلم لكان جعل شرطا لما ليس له شرط وهو من الاغلاط واحال في الدين
ما ليس منه واما الاشكال في الارش فينشأ من غروره فكان كما لو قدم طعام
الغير اليه وامره باكله ومن انه المباشر للاتلاف واعتماده هنا على ما
توهمه مستلزما للاباحة لانه لم ينص عليه بخلاف الامر بالاكل فهو كمن
الجاهل بالغصبية للمغصوب فضمانه لمن بادة القيمة فضمانه هنا للارش قال
دام ظله ولو قال من عبدك فاعتقه فاعتقه فالاقوى النفوذ وفي الغرم
اشكال اقول ينشأ من الغرور ومن زوال الملك باذنه وللمرض الى مصلحته
المقصود فاعتقه عنك ووجه القوة انه فعل صدر من اهله
في محله ومن حيث انه لم يقصد عتق عبده ولانه قصد ايقاع الصيغة

الموجبة للتمليك الضمني وللعتق بعده ولم يقع والانشاءات والعقود تابعة
للمقصود والاقوى عندي الصحة لان العتق مبني على التغليب ولان العبد
في حال العتق ملك للمعتق عن نفسه على كل تقدير وهو هنا حاصل فان الحاصل
هنا اقوى من الضمني والاقرب عندي عدم الغرم هنا لثبوت الولاء للمعتق
قال دام ظله ولو قال اعتقه عني ففعل ففي الوقوع عن الغاصب اشكال
اقول ينشأ من انه صدر من المالك ومن قصده لعتق عبد الغاصب للعبد
ولان عتق عبده عن غيره يتقدمه نقله اليه باستدعائه فلا بد من قصد اليه فاذا
لم يعلم انه لم يحصل القصد فلم ينتقل عنه فلم يصح العتق وهو الاقوى عندي قال
دام ظله ولو امر المالك بذبح الشاة فذبحها جاهلا بها ضمن الغاصب ولو امره
بالاكل فاكل او بالحبس او بالطحن للانتفاع والاقرب زوال الضمان الا في الخبز على
اشكال اقول وجه القرب في الاول انه لو كان مملوكا لغيره لضمنه للمالك فيه
وكلما ضمنه لغيره زال ضمان الغير بفعله اذا كان له ولان المالك تصرف في
ملكه بحسب اختياره مخالفا لامر الامر فكان كما لو باعه او مكن منه ويحتمل
الضمان للغرور ولانه امره بالاتلاف في منفعته وخصوصية طرق الاتلاف غير
مقصودة بالذات وهذا ضعيف والاصح الاول ومنشأ الاشكال في الخبز
الغرور ومن انه سلم ماله اليه ومكنه منه تمكينا تاما والاولى الضمان لضعف
المباشرة بالغرور قال دام ظله وما لا تقدير فيه من الحر يضمن الرقيق ما ينقص
عن قيمته حصل بالجناية او تحت اليد العادية من اجنبي او من قبله تعالى والمقدر
الاقرب ان الاكثر من المقدر والارش اقول وجه القرب ان الغاصب ماخوذ
باشق الاحوال ولانه ان زاد الارش على المقدر فلانه نقص حصل في يد الغاصب
بنقص جزء او صفة وكل نقص كذلك فهو مضمون عليه ولانه لما كان ملحقا
في ضمان اليد بالاموال دون الاحرار وجب ان يكون مضمونا بقدر النقص كالاموال
لانه انما ضمن باعتبار اتلاف المنفعة المملوكة وضمنها بقيمتها وتفارق الجاني
لانه في الجناية ملحق بالاحرار وكلما لم يكن مضمونا بالجناية على الحر لم يكن مضمونا
بالجناية على العبد ولو زاد المقدر دخل تحت عموم النص ولانه كلما يضمن بالجناية
يضمنه الغاصب باليد وهذا الزايد يضمنه الجاني بالجناية فيضمنه الغاصب
باليد

باليد ويحتمل المقدر خاصة لعموم النص المقدر ولان الجناية اقوى من اسباب يد الغاصب
والاقوى ضمان اكثر الامرين من المقدر والارش وهو تفاوت ما بين قيمته معيبا
واكثر قيمته صحيحا قال دام ظله ولو تجاوزت قيمته دية الحر فالاقوى تضمين
الغاصب الزايد دون الجاني اقول تقريره ما تقدم في السابقة قال دام ظله ولو
جنى عليه بما فيه القيمة فالاقوى وجوب دفعه مع القيمة سواء باشر الغاصب
او الاجنبي بخلاف الجاني على غير المغصوب اقول وجه القوة ان ضمان الغاصب
من حيث المالية وهذا عوض الجزء الفائت بخلاف الجاني على غيره فانه في المقدر ضامن
باعتبار الجناية لا المالية المحضة ويحتمل عدمه لانه مع تلف الكل لا يضمن ازيد من ذلك
فلا يعقل وجوبه في البعض مجانا او الاقوى الاول قال دام ظله فان رجع على
الاجنبي دفع اليه العبد ورجع بقيمته على الغاصب وان رجع على الغاصب بها
فالاقوى رجوع الغاصب على الجاني بالقيمة مجانا اقول وجه القوة قوله عليه
السلام لا يطل دم امرئ مسلم فلا يعقل خلاص الجاني عن الضمان ويكون بمنزلة التالف
ويحتمل وجوب دفع الغاصب للجاني القيمة تحت الجناية وتضمينه القيمة الاولى
لاشتراط ضمانه بدفع العين اليه ولم يحصل وليس بجيد لانه يشترط مع التمكن من
دفعها ولم يمكن وقبض الغاصب ما باشر هو اتلافه فحكم الاول يضمن الغاصب
قيمتين قيمة للمالك وقيمة للجاني بعد الجناية وله على الجاني قيمة قبل الجناية
فيتقاصان ان امكن وهو الاقوى قال دام ظله وعندنا المثلي يضمن بالقيمة يوم
الغصب على راي وارفع القيم من حين الغصب الى حين التلف على راي اقول
الاول قول الشيخ في المبسوط والثاني قوله في المبسوط ايضا والخلاف واختاره ابن حمزة
وابن ادريس وقال ابن البراج والمصنف في المختلف يضمن القيمة يوم التلف
والحق اعلى القيم لان بفوات الصفة الغاصب بسبب نقص القيمة فيكون اولى
بالضمان ولانه مال تلف على المالك في يد الغاصب ولانه ماخوذ باسوأ
الاحوال ووجه يوم التلف ان المغصوب لم ينقص من عينه ولا صفاته
الخارجة شيء ولا يضمن تفاوت الرغبات لانه خارج عن المغصوب ولا
الاكثر قال دام ظله ولو اصطاد العبد المغصوب فهو للمالك وفي
دخول الاجرة تحته نظر اقربه العدم اقول لانه كسب العبد فهو حق
ملك مولاه واثبات اليد عليه موجب للاجرة ويحتمل التداخل لان المنفعة في الحقيقة

حينئذٍ للسبب فيكون بمنزلة الرد لها اليه فلا يضمنها والا لجمع بين العوض والمعوض
وهو باطل والاقوى عندي ما هو الاقرب عند المصنف **قال** دام ظله ولو
نقصت قيمة العبد بسقوط عضو مثلاً بآفة سماوية ضمن الارش والاجرة فان قبل
القبض سليماً ولما يجده معيباً وان كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فلا ارش
المساواة للاول فيثبت الاجرة والارش ويحتمل وجوب الاكثر من الارش والاجرة
اقول وجه القرب اختلاف الموجب وهو استهلاك الاجزاء او المنفعة ووجه
الثاني ان اتلاف الاجزاء عوضه داخل في الاجرة الا ترى ان المستاجر لا يضمن ارش
البلى بالاستعمال لانه في مقابلة ما قد تضمنه من الاجرة والاقوى وجوب الاجرة
والارش معاً **قال** دام ظله ولو غرم قيمة العبد الآبق ضمن الاجرة للمدة السابقة
على الغرم وفي اللاحقة اشكال **اقول** ينشأ من انه قد برئ من العبد فيبرئ
من توابعه ومن ان القيمة للحيلولة في العين وهي ثابتة في المنافع المضمونة والاقرب
عدم ضمان الاجرة اللاحقة **قال** دام ظله الركن الثالث الواجب وهو المثل
في المثلي والقيمة العليا في غيره **اقول** قوله اي اشارة الى الخلاف
في القيمة العليا في غير المثلي لانه قد سبق ان في المثلي يضمن بالمثل مع وجوده لا
غير وهذا اختيار اكثر الاصحاب لان مثل الشيء لخصوصيته بدلا من القيمة لانه مثله في
الحقيقة والقيمة مثل له في المالية خاصة فالاول اولى ولان خصوصيته الا
موال قد يكون مقصودة ولما تعذرت في ذوات القيم واستحال التكليف بالمحال
وجب عدم استدراكها فلا فيه هنا وقال ابن الجنيد يتخير المغصوب منه في
القيمة والمثل لان الضمان انما هو باعتبار المالية ويحصل استدراكها بالقيمة
من غير حيف والاقرب المثل والخلاف هنا في التفصيل وهو اختصاص المثلي
بالمثل مع وجوده وغيره بالقيمة **قال** دام ظله ولو تلف المثلي في يد الغاصب
والمثل موجود فلم يغرمه حتى فقد ففي القيمة المعتبرة احتمالات **أ** اقصى قيمة من
حين الغصب الى حين التلف ولا اعتبار بزيادة قيمة الامثال **ب** اقصى قيمة
من وقت تلف المغصوب الى الاعواز **ج** اقصى القيم من وقت الغصب الى الاعواز
د اقصى القيم من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة **ه** القيمة يوم الاقباض
اقول ما اختاره الوجه الاول والثاني ان عند اعواز المثل هل الواجب
قيمة المغصوب لانه الذي تلف على المالك او قيمة المثل لانه الواجب عند
التلف

التلف وانما رجعنا الى القيمة لتعذره قال المصنف كل منهما محتمل فان
قلنا بالاول اعتبرنا الاقصى من وقت الغصب الى وقت تلف المغصوب
وان قلنا بالثاني اعتبرنا من وقت تلف المغصوب لان المثل حينئذ يجب
الى وقت الانقطاع وكذا القيمة الواجبة على الغاصب اعلى القيم من حين
وجوب المتقوم وضمانه ووجه الثالث ان القيمة المعتبرة اقصى القيم من يوم
الغصب الى الاعواز لان وجود المثل كبقاء عين المغصوب من حيث انه كان
مأموراً بتسليم المثل كما كان مأموراً برد العين فاذا لم يفعل غرم اقصى قيمه
في المدتين كما ان المتقومات تضمن باقصى قيمها لهذا المعنى ولا نظر الى ما
بعد انقطاع المثل كما لا نظر الى ما بعد تلف المغصوب المتقوم ووجه
الرابع ان المثل لا يسقط بالاعواز الا ترى ان المغصوب منه لو صبر الى
وجدان المثل ملك المطالبة ولا فرق بين المتلف والقيمة الواجبة على الغاصب
اعلى قيم الواجب الى الدفع ووجه الخامس انه وقت وجوب القيمة والاصح الرابع
قال دام ظله ولو اتلف مثلياً فظفر به في غير المكان فالوجه الزامه
بالمثل فيه **اقول** وجه القرب وجوب رد المظلمة ان طلبه وفي كل مكان
وهو مطالب بذلك ولا اجحاف لانه الزام الغاصب بالحق بغير رضا المالك وهو
محال اجماعاً وهذا القول افتى ابن ادريس وقال الشيخ رحمه الله في المبسوط ان
كان في نقله مؤنة فان اتفقت القيمتان في البلدين كان له المطالبة بالمثل
لانه لا ضرر عليه وان اختلفا فالحكم فيما له مثل وفيما لا مثل له واحد
فللمغصوب منه ان يأخذ من الغاصب في بلد المطالبة قيمته ببلد الغصب او يدع
حتى يستوفي ذلك في بلد الغصب لما في نقله من المؤنة والضرر وقال عليه
السلم لا ضرر ولا اضرار وقال رحمه الله وكذا القرض واما السلم فليس
له ان يطالبه ببلد غير بلد السلم لان عليه توفيه المال في مكان العقد
ولا له مطالبته بالبدل سواء كان لنقله مؤنة او لا وان اتفقا عليه
لم يجز لان اخذ البدل عن السلم في الذمة لا يجوز لقوله عليه السلم من اسلم في شيء
فلا يصرفه الى غيره وتبعه ابن البراج والاصح عندي اختيار ابن ادريس والجواب
عن حجة الشيخ ما استلزامه الضرر لانه معارض بضرر المالك وكلاهما تعارض

الفرق ان فالترجيح لنفي ضرر المالك لان الغاصب مأخوذ باشق الاحوال
والفرق المنفي انما هو من شرع الحكم وهنا الغاصب أدخل الضرر على نفسه قال
دام ظله ولو خرج المثل باختلاف الزمان والمكان عن التقويم بان اتلف
عليه ماء في مفازة ثم اجتمعا على نهر او اتلف عليه جمداً في الصيف ثم اجتمعا في الشتاء
احتمل المثل وقيمة المثل في مثل تلك المفازة او الصيف اقول وجه
الاول اطلاق النص بوجوب المثل واختلاف الزمان والمكان اختلاف
في امور خارجة عن الماهية وصفاتها ووجه الثاني انه خرج عن كونه مثلاً
لانه لا قيمة له والمالية وما يتبعها وشقص معتبرة هنا والتحقيق ان المماثلة
هل هي باعتبار اتحاد الماهية او مع التساوي في المنافع والقيمة والمتعارف في
الاصول الاول وباعتبار المالية الثاني وهو الاصح لان الاعتبار في المعاملات
والضمانات بالقيمة لعدم ملك وضمان ما لا قيمة له ولا تصح المعاملة عليه فتكون
معتبرة في المماثلة من جهة المالية قال دام ظله ولو اتلف انية الذهب ففي ضمان
الزائد بالصنعة اشكال ينشأ من مساواة الغاصب غيره وعدمها فان
اوجبناه ففي التضمين بالمثل اشكال ينشأ من تطرق الربا وعدمه لاختصاصه
بالبيع اقول هنا مسئلتان آ ضمان الزائد بالصنعة وهو مبني على تحليل اتخاذها
وتحريمه فعلى الاول يضمنه المتلف مطلقاً وعلى الثاني لا يضمنه غير الغاصب واما
الغاصب ففيه اشكال ينشأ مما ذكره المصنف ومعنى المساواة هنا ان الغصب لا
يضمن ما لا قيمة له شرعاً لا قيمة وما هو محرم غير محرم وعدم المساواة انه يضمن بالغصب
ما له قيمة سوقية في نفسه وتعقبه في حال مملوكية وان حرم لانه مأخوذ باشق الا
حوال وينشأ ايضاً من انه محرم يجوز اتلافه ومن ان هذا الاستيلاء مضمون وجميع
ما ينقص فيه مضمون والاول اولى ب يتفرع على القول بالضمان انه هل
يقوم بالجنس اشكال ينشأ مما ذكره المصنف قال دام ظله ولو تعذر
المثل الا بالاكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر اقول ينشأ من انه لا يتم
الواجب المطلق الا به ومن انه ضمان لا اكثر من القيمة اذ لا فرق بين اخذ المالك
لها والبايع وهو ضرر وحرج ولانه لو خاف اللص على الزائد لم يجب المثل فكيف
يوجبه وفرق باتلاف العوض كالثواب والاقوى وجوب الشراء بالاكثر
قال دام ظله ولو ابق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة فان عاد
ترادا

ترادا وللغاصب حبس العبد الى ان يرد القيمة عليه على اشكال اقول ينشأ
من عدم الجمع بين العوض والمعوض فيترادان معاً ووجوب رد العين على الغاصب
مع التمكن على الفور وهو الاولى قال دام ظله فان تلف العبد محبوساً
فالاقرب ضمان قيمته الان واسترجاع الاولى اقول هذا ان قلنا ان
له الحبس ووجه القرب ان حكم الغصب زال برد القيمة وهذه اليد غير الاولى
لاستحقاقها ووجوب رد المالك القيمة الاولى واخذ العين وهي قدر الثانية
ويحتمل عدمه لانه انما يستحق رد الاولى بدفع العين ولم يحصل ولان الحصول
في يد الغاصب لا يؤثر في زوال ملكية المالك للقيمة التي في يده لان يد الغاصب
موجبة للضمان فيبقى ملك المالك على القيمة الاولى ان كانت اكثر وهو الاقوى
عندي قال دام ظله ولو تبايعا في عيب يؤثر في القيمة ففي تقديم احد الاصلين
نظر اقول منشأه تعارض الاصلين اعني اصل الصحة واصل براءة الذمة من الزائد
على قيمة المعيب والاقوى تقديم الاول قال دام ظله والذهب والفضة
يضمنان بالمثل لا بنقد البلد على راي اقول هذا قول ابن ادريس لانهما مثليان
لان المثلي ما تماثل اجزاؤه المتقاربة كله في الماهية وقال الشيخ في المبسوط تضمن
بنقد البلد ثم فرع وقال ان كان نقد البلد من جنس المغصوب واختلف الوزن
والقيمة فقوم بغير الجنس لئلا يلزم الربا واخذ منه كما حققه واجاب ابن ادريس
بمنع الربا هنا والاصح عندي اختيار ابن ادريس قال دام ظله ولو كانت
القيمة عشرة فابلاه حتى ساوى خمسة ثم ارتفع السوق فبلغت مع الابلاء عشرة
احتمل رده مع العشرة لان التالف نصفه فلو بقي كله لساوى عشرين ورده
مع الخمسة الناقصة بالاستعمال ولا عبرة بالزيادة بعد التلف كما لو تلف
كله ثم زادت القيمة وهذا اقوى اقول وجه القوة ما ذكره المصنف
هنا وهو الحق عندي قال دام ظله ولو كان العيب غير مستقر كما لو بل
الحنطة حتى تعفنت او اتخذ من التمر والسمن حلوا فكان مصيره الى الهلاك
لكن لا بد منه فالاقوى رد العين مع الارش وكلما نقص شيئاً ضمنه على اشكال
ينشأ من حصول البراءة بدفع العين مع الارش اقول وجهه انه عين مغصوبة
يجب ردها والارش لنقصها ووجود السبب لوجود المسبب وكلما نقص

شيئاً ضمنه ولا نسلم حصول البراءة والاصح عندي الضمان لكل ما تجدد قال دام
ظله اما لو غصب احدهما وجنى او اتلف احدهما فانه يضمن قيمته الى الاخر مجتمعا
الى الاخر اقول وجه هذا انه انما جنى على هذا او غصبه خاصة والاخر
لم يدخل تحت اليد ولا الجناية والاقوى عندي ضمان ارش النقص منضما لانه
بسبب فيه لترتب النقص عليه والرتبة هنا تعطي العلية قال دام ظله ولا ملك الغاصب
العين المغصوبة فان عادت فلكل منهما الرجوع وهل يجبر المالك على اعادة البدل
لو طالبه الغاصب اشكال اقول ينشأ من انه قد استقر ملكه عليه ولانه
بناء في البدلية اذ ما لا يستقر عليه الملك لا يصلح ان يكون بدلا قهريا شرعا
لما يستقر عليه الملك ولانه قد لا يرغب المعاملون فيه ومن انه للحيلولة وقد
زالت فالاولى الاولى لان الغاصب يؤخذ باشق الاحوال قال دام ظله
وكذا المتصل والمنفصل على اشكال اذا تجدد نماؤه قبل دفع البدل اقول ينشأ
من انه لم يدخل تحت يده التي هي سبب الضمان ومن تولده من العين فالاولى من النماء ومن
انه سبب تلفه على المالك ولانه لو كان في يد الغاصب لضمنه وكلما يضمنه الغاصب
باليد يضمنه فاخرج المغصوب من يده الى المالك او من يقوم مقامه قال دام ظله
ولو جنى على الطرف فاتفق ضمن الغاصب الارش وهو ما نقص من العبد بذلك دون ارش
اليد لانها ذهبت بسبب غير مضمون ويحتمل ارش اليد او اكثر الامرين اقول ذكر
المصنف وجه الاول وهو ان الطرف تلف بسبب غير مضمون فلا يضمن اما الاول
فلانه يجري مجرى شرعا وهو القصاص واما الثانية فظاهر لكن الغاصب يضمن نقص
المالية باليد وهو ما زاد على مقدار الطرف ووجه الثاني ان يد الغاصب في
الضمان كالجناية بلا اشكال ووجه الثالث انه يضمنه بها كضمان الاموال كما تقدم
وهذا هو الاصح والجواب عن الاول بالمنع من كونه غير مضمون عليه لانه
تلف ملكه في يد الغاصب لا بحق سبق عليه قال دام ظله ولو غصبه مرتدا
او سارقا فقتل او قطع في يده ففي الضمان على الغاصب نظر فان منعناه ضمن النقص
الزائد على المقدر لو حصل اقول ينشأ من وجود السبب في يد السيد فكان
مستحقا فكان كوجود المسبب ومن حيث ان التلف حصل في يد الغاصب فيضمنه
والتحقيق ان الردة لو كانت عن فطرة لم يضمنه الغاصب لانه في حكم الميت وان
كان

كان عن غير فطرة لم يخرج عن ملكه قبل القتل كما لا تخرج املاك المرتد عنه
قبله وسببه الردة وهي من باب الاعتقاد وقد اختلف المتكلمون في بقائه
ثم منع منه كونه قد تجدد القتل وسببه في يده فيضمنه لان الاعتقاد الحاصل
في يد السيد عدم دم لم يقتل به وهذا الان موجود وهو صالح للعلية ومن ان
بقاءه فالاشكال كما تقدم ولانه لا يضمن للجناية فلا يضمن باليد ولا نمنع لنا الملك
المالك بالقتل فالاولى انه لا يضمن الا النقص قال المصنف وعلى المنع يضمن الزائد على
المقدر من القيمة لو حصل ويضمن المنافع مدة ما هو في يده لانه استوفى ملك المالك
عليها في علمه تعالى فكأن عليها عادته والحق عندي ضمان الزائد والمنافع قال
دام ظله وكذا الاشكال لو انعكس اقول ان قلنا ثم بعدم ضمانه قلنا هنا هنا ع
بضمانه وان قلنا ثم بضمانه قلنا بعدم ضمان القيمة لكن يضمن الارش من
كونه مستحقا وعدمه قال دام ظله وكذا الاشكال لو اشتراه مرتدا
او سارقا فقتل او قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البايع نظر اقول
تعرف مما مر قال دام ظله ولو جنى على سيده فالضمان على الغاصب كالجنى
على اشكال اقول اما في العبد فيضمن الارش من كونه مستحقا وغير مستحق ولو
قطعه في يد الغاصب فعندنا لا اشكال من ما استوفى المالك للاتلاف ومن
ان الغاصب ضامن لما نقص بالجناية لا باستحقاقها فلا فرق بين المالك وغيره
بالنسبة الى المستوفي وفي الخطا يشكل ان الغاصب ضامن ومن انه يتحمل لما
تعلق برقبة العبد بسبب الجناية لانه غصبه ورقبته بريئة فيجب ان يرده كذلك
فيضمن ما تعلق برقبته ولا يثبت للمولى حق في رقبة العبد بسبب الجناية فالاقوى
ضمان الغاصب مع القصاص لتمام القيمة في النفس وللاكثر في غيرها
والنقص القيمة في الخطا اذا حصل قال دام ظله ولو جنى العبد فعليه
كمال القيمة ورده على رأي اقول هذا قول الشيخ في موضع من المبسوط
وابن ادريس وهو الاصح عندي وقال في موضع آخر من المبسوط اخذ القيمة
او العين مجانا لئلا يجمع بين العوض والمعوض وليس بجيد لانه عوض الفائت
والغاصب يلزم باشق الاحوال قال دام ظله فان سقط ذلك
العضو بآفة فلا شيء لانه لم يزد به قيمته على اشكال اقول ينشأ من

انه بلغ يحصل في يد الغاصب ولانه يضمنها كلما يضمن الجناية ومن عدم حصول نقص
المالية وهو ضامن لها فالاولى الضمان قال دام ظله ولو مثّل بعبد
ينعتق على راى اقول قال في المبسوط والخلاف كان للمالك يعتق وعليه
القيمة ومنشا الخلاف ان العتق هل هو لعدم قبول العبد الملكية حينئذ او
لعدم قبول المثل المالكية اوعقوبة والاول اولى فينعتق ويضمن الغاصب
اكثر الامرين من القيمة وديات الجراحات قال دام ظله كان نقص الربع
فان اوجبنا الارش لزمه الربع والا النصف اقول لا وجه لايجاب الارش
الناقص هنا لان الجاني عنا الغاصب يضمن المقدر مع نقص الارش عنه فالغاصب
اولى لانه ماخوذ باشق الاحوال قال دام ظله ولو غصبه شابا فصار
شيخا ضمن وكذا لو كان امرد فنبت له لحية على اشكال اقول منشا
من نقص المالية ومن انه غير خارج عن المجرى الطبيعي والفرق بنقصان القوى في
الاول والاصح الضمان لانه يضمن على القيم قال دام ظله ولو نقصت الارض
بترك الزرع كارض البصرة ضمن على اشكال اقول منشا من ان ترك زرعها
واجب شرعا ولا يضمن بسببه والاصح عندي الضمان لانه نقص حصل في يد الغاصب
وكل نقص حصل في يد الغاصب فهو مضمون ولهذا يضمن على القيم قال دام ظله
ولو ذهب نصف الزيت بالغليان ضمن مثل الذاهب وان لم ينقص القيمة وكذا في اعلا
العصير على راى اقول قال الشيخ في المبسوط والخلاف لا يضمن لان الذاهب
اجزاء مائية لا قيمة لها وقال المصنف يضمن لانه مال نقص في يد الغاصب والاول
الثاني قال دام ظله ولو غصب عصيرا فصار خمرا ضمن المثل وفي وجوب الدفع
اشكال فان اوجبناه فصار خلا ففي وجوب رد المثل اشكال اقول
منشا الاول انه العين المغصوبة والمالك اولى بها لليد للتحليل ومن انه
قد خرج عن ملكه ومنشا الثاني انه ان قلنا بوجوب الرد حال كونه خمرا
وجب هنا والا احتمله ان زال المانع وهو الخمرية ومن انه لما صار خمرا
صار تالفا وضمن مثله وملك الثاني متجدد لصاحب اليد والتحقيق
ان هذا مبني على ان الذوات هل هي متساوية واختلافها باعراض واحوال
كمذهب الجبائي او مختلفة في الحقيقة كمذهب ابي الحسين فعلى الاول
يجب

يجب رده لزوال المانع كما لو جحد المغصوب ثم عاد اذ صح وعلى الثاني لا يجب
لانه غير المغصوب قال دام ظله ولو غصب حبا فحضنته في يده فحكم هنا للغاصب
ويحتمل للمالك اقول وجه الاول انها خرجت عن الملك بالكلية واستولى عليها
هذا فصارت ملكه وحصول الحلية واليد له فيما ليس بملك لاحد ووجه الثاني
ثبوت الاولوية للمالك تاكيد للتحليل ودفعها تعدّ فيدا الغاصب عادية لا اعتداد
بها لانه ماخوذ باشق الاحوال والاصح الاول قال دام ظله ولو طلب
الغاصب الازالة لم يجب اليها سواء هلك الصبغ التالف على اشكال اولا اقول
الخلاف في صبغ الغاصب الا انه لو نقص الثوب بها ولا في اجابته مع عدم هلاك
الصبغ وعدم نقص الثوب اصلا فالاشكال في هلاك الصبغ او عدم نقص
الثوب ومنشا الحق على اضاعة المال ومن انه طلب عين ماله ولا ضرر على المالك
ولا يمنع منه اما لو طلب المالك الازالة اجيب سواء هلك الصبغ اولا قال دام ظله
ولو كانت في لجة وخيف الغرق فالاقرب الرجوع الى القيمة الى ان يخرج الى الساحل ان
كان في السفينة حيوان له حرمة او مال لغير الغاصب ولو كان له فالاقرب العين
اقول وجه القرب في الاول حرمة الحيوان ومال الغير فيجمع بين المصلحتين بالقيمة
ويحتمل عدمه لانها عين مغصوبة وضعت بغير اذن مالكها فكان للمالك اخذها
والمجانة ودوام الغصب شرعا فهو محال ووجه القرب في الثاني انه يلزم
باشق الاحوال وذهاب حرمته بتعديه ويحتمل عدمه لامكان التوصل الى البدل من غير
استهلاك بخلاف البناء الذي لا يقدر على اللوح الا باستهلاكه والاصح العين
لوجوب دفعها فان الدال الغصب فما الاثم الواجب لابد فهو واجب قال دام ظله
ولو مات المخرج اولاد تدفع النزع اشكال من حيث المثلة اقول ومن حيث
انه مال مغصوب يجب رده الى مالكه وهو الاولى قال دام ظله
فلو وطئ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر امثالها او عشر قيمتها مع البكارة
ونصفه مع الثيوبة على الخلاف ويحتمل مع البكارة الاكثر من الارش
والعشر ومع العقد جاهلين الاكثر من الارش والعشر ومهر المثل
اقول قال الشيخ بان ادرك عليه مهر امثالها وارش البكارة ان كانت

بكرًا وذهب بعض اصحابنا الى وجوب العشر مع البكارة ونصفه مع الثيوبة وهو
مروي ويحتمل احتمالًا ان نقص الجارية مضمون عليه كارش البكارة وارش جنايته
ومهر البكر العشر عوضًا عن الوطي للرواية ومع فساد العقد يجب مهر المثل لانه
عوض منافع البضع **قال** دام ظله ولو سقط ميتًا فاشكال ينشأ من عدم
العلم بحياته ومن تضمين الاجنبي المقول به اما لو وقع بجنايته فالاقوى الضمان **اقول**
لها وطي الغاصب الجارية المغصوبة جاهلين وسقط الولد ميتًا ففيه ثلاث مسائل
ا ان يكون بغير جناية جان فيحتمل الضمان لانه نماء الجارية وفوت رقبته على مالكه
ولانه لما يضمنه الاجنبي بالجناية يضمنه الغاصب باليد على المغصوب وهذا يضمنه الاجنبي
بالجناية ويحتمل عدم الضمان لان الولد انما يعتبر اذا دخل تحت اليد ولا قيمة له
لعدم العلم بحياته ولابد له ايضًا بجناية مضمونة والاقوى الضمان **ب** لو سقط
بجناية غاصب فعلى القول بضمانه لو سقط ميتًا بغير جناية يضمنه هنا قطعًا وعلى
القول بعدم الضمان يحتمل الضمان هنا لانها لو صدرت من الاجنبي ضمنها الغاصب
وانما يحصل له مال فاذا صدر جنايته العين فضمان جنايته اولى لانه من باب التنبيه
بالادنى على الاعلى ويحتمل ضعيفًا عدمه لانه فقد العقد حرًا والحق بالغاصب لما
اوجب الشارع عليه قيمته يوم سقط حيًا فلم يسقط حيًا والاصل البراءة وعلى
الفرق بينه وبين الاجنبي بان الاجنبي ولجنت جنايته مالا للغاصب وهو بدل الولد
وكان لو خرج حيًا من هنا ضمنه للمالك فاستحقاق المالك هنا تابع لاستحقاق الغاصب
الدية فيتعلق به قيمته لعرضه مملوكًا واما جناية الغاصب فلا توجب للغاصب
شيئًا لاستحالة استحقاقه على نفسه فلم يكن هنا بدل قائم مقام المبدل والاصح
عندي الضمان لما تقدم ولا وجه عندي لعدم الضمان فيضمن دية جنين حر منها دية
جنين امة للمالك والباقي للامام كما لو جنى الحر على جنين الامة فاسقطت حيًا
منه فانه يضمن الدية للامام عليه السلام **ج** ان يكون السقوط بجناية اجنبي وقد حرر
المصنف حكمه **قال** دام ظله فان مات في يد الغاصب ضمنه فان وضعته ميتًا
فالاشكال كما تقدم **اقول** قد تقدم البحث فيه **قال** دام ظله ولو كان الغاصب
عالمًا دونها لم يلحق به الولد ووجب الحد والمهر عليه وبالعكس يحد هي دونه
ولا مهر على اشكال **اقول** ينشأ من كونها بغيًا ونهى النبي عليه السلم
عن مهر البغي وهو الاصح ومن كونه حقًا للمالك **قال** دام ظله
ولو

ولو باعها الغاصب فوطئها المشتري عالمًا بالغصب فكالغاصب وفي مطالبة
الغاصب بهذا المهر نظر ينشأ من ان منافع البضع هل تدخل تحت الغصب **اقول**
مراده بقوله ينشأ من ان منافع البضع هل تدخل تحت الغصب اي لو فوتها
الغاصب بوطيها عالمين وهي مطاوعة هل يضمنها ويكون بمنزلة غصب منفعة
اولا وقد ذكر المصنف فيه الاشكال السابق من انه حق للمالك اتلفه الغاصب
فيضمنه ولانه ماخوذ ما سبق الجواب ومن النهي عن مهر البغي فان قلنا بضمانه
اذا وطيها الغاصب عالمين ضمنه الغاصب هنا لان ما فوته عين من يده
كما فوته هو وان قلنا لا يضمنها الغاصب لم يضمن هنا **قال** دام ظله ولو تعدد
مهر واحد بوطئات اذا اتحدت الشبهة وفي تعدده بتعدده مع الاكراه نظر
اقول ينشأ من تعدد السبب ومن ان الوطي المطلق هو السبب وهو صادق
على الواحد والكثير والامر المعلق على شرط لا يلزم تعدده بتعدد الشرط
والفرق بينه وبين الشبهة ان الشبهة لولاها لانتفى المهر ولانها كالنكاح وهنا
الاعتبار بمجرد الوطي والاقوى الاول لتعدده اذا كان المعلق عليه علة وهو
هنا كذلك فان الاكراه الثاني غير الاول قطعًا وكذا الوطي الثاني غير
الاول والوطي هو العلة او هو والاكراه **قال** دام ظله وكذا المرجع من الغاصب
اقول يعني لا يرجع بالمهر وفي رجوع المشتري بقيمة منفعة استوفاها خلاف
ما حصل للمشتري في مقابلته نفع كسكنى الدار وثمرة الشجرة والصوف واللبن فيه
قولان احدهما ان الضمان يستقر على الغاصب خاصة لانه سبب والمباشر مغرور
بالغرور والثاني على المباشر فان رجع على الغاصب لمكان الحيلولة رجع على المشتري
وان رجع على المشتري لاستقرار التلف في يده لم يرجع على الغاصب والاقوى الاول
وكلا القولين للشيخ في المبسوط وقد مضى البحث في ذلك **قال** دام ظله ولو
بنى فقلع بناءه فالاقرب الرجوع بارش النقص **اقول** وجه القرب ان البائع سبب
والمشتري وبيده كالمباشر والسبب هنا اقوى من المباشر وكلما كان السبب اقوى
من المباشر فالضمان على السبب اما الاولى فلانه انما شرع في العقد والتصرفات
لظن السلامة وسبب هذا الظن تغرير البائع اياه فصار هذا السبب اقوى واما الثانية
فاجماعية ولانه لو قدم اليه طعامه فاكله مع جهله ضمنه للتغرير بالاباحة وهنا
اولى لانه هنا تمليك والتمليك اقوى من الاباحة ويحتمل عدمه لانه بالبناء

تلف في يده فلا يرجع كما لا يرجع بما انفق على العمارة ثم **قال** دام ظله ولو تعيب في
يده احتمل الرجوع لان العقد لا يوجب ضمان الاجزاء بخلاف الجملة وعدمه **اقول**
اذا اشترى من الغاصب جاهلا بالغصب واقبض المشتري العين فتعيبت في يده
لا بسببه وغرمه المالك الارش هل يرجع المشتري على الغاصب البايع بالارش ذكر
المصنف فيه احتمالين **أ** الرجوع وقد بنى المصنف المسألة على انه اذا تلف الكل لا
يرجع بما زاد من قيمته على البايع بل يكون من ضمانه واليه اشار بقوله بخلاف الجملة ثم
اشار الى علة ضمان الجملة والى الفرق بين الجملة والاجزاء التي هي صفات او بمنزلة
الصفات وهي ما لا يفرد بالتقويم اما العلة فهي العقد لان الشراء عقد ضمان
شرع فيه على ان يكون العين من ضمانه وان كان صحيحا واما الفرق فلان
العقد يوجب ضمان الجملة ولا يوجب ضمان للاجزاء بالارش بالانفراد وذلك لصور من
احدها انه لو تعيب المبيع قبل القبض لم يكن للمشتري ان يجيز العقد ويطالبه بجزء
من الثمن بل اما ان يفسخ او يجيز بكل الثمن ولو تلف في يد البايع استرد كل الثمن
وهذا على قول الشيخ رحمه الله **ب** الثانية انه لو اشترى عبدا بجارية وتقابضا ثم وجد
بايع العبد بالجارية عيبا قديما فردها وقد تلف العبد فانه يأخذ قيمته ولو
لم يتلف وتعيب بعيب حادث لا بسببه لم يكن له طلب الارش مع العبد بل اما ان
يقنع او يأخذ القيمة ومن هذا الفرق ظهر انه يرجع على البايع بما ضمنه من الارش
لانه لو لم يرجع عليه لكان قد استقر الضمان عليه فاستقراره اما بالعقد او
باليد والاول باطل لما تقدم من انه لا يقتضي ضمان الاجزاء والثاني باطل لانه مغرور
بالبيع لانه سلمه اليه وعقد لعقد لا يوجب ضمان الاجزاء بانفرادها فصار السبب هو
تغرير البايع اقوى من اليد **ب** عدم الرجوع لانه لا يرجع بزيادة القيمة عند تلف
الكل كما قررتم فلا يرجع بالاجزاء للتسوية بين الكل والاجزاء في الضمان لانه لو لم يكن كل
جزء مضمونا لم يكن الكل مضمونا وانا **اقول** الاصح عندي انه يرجع بزيادة القيمة
والارش للتغرير لا لعينه وقولكم في الاول انه عقد ضمان ان كان المراد منه
انه اذا تلف المبيع عنده تلف من ماله واستقر عليه الثمن فهو مسلم لكنه لعقد على
انه يضمن القيمة ومعلوم انه لو لم يكن المبيع مغصوبا لم يلزمه شيء بالتلف فكان الغاصب
مغررا اياه وموقعا له في خطر الضمان لان سبب الضمان من فعل الغاصب
فكان اقوى من يد المشتري فليرجع عليه وان كان المراد غير ذلك

فيمنعه

فيلتزمه حتى ننظر في صحته وفساده على انا نمنع كونه عقد ضمان بغير ما فسرناه
والصورتان المذكورتان في الفرق بينهما نظر فان عدم طلب الارش للعيب الحادث في
يد البايع مع اخذ العين مع تسليمه لانه تعيب للعقد ونقص من الثمن والجزء الا
مع الضرورة والثمن على شغلهم لم يثبت الارش **قال** دام ظله ولو غصب فحلا
فانزاه على الانثى فالولد لصاحبها وان كانت للغاصب وعليه الاجرة على راي **اقول**
هذا قول ابن ادريس لانها منفعة متلفة فكان عليه عوضها وهو الاقوى وقال
الشيخ في المبسوط لا اجرة لان النبي عليه السلام نهى عن كسب الفحل **قال** دام ظله
ولا يملك المشتري ما قبضه بالبيع الفاسد ويضمنه وما يتجدد من منافعه الاعيان
وغيرها مع جهل البايع او علمه مع الاستيفاء وبدونه **اقول** ينشأ
من يبيعه الاصل ولان الاصل في قبض مال الغير الضمان الا لسبب عدمه ولم يثبت
ومن انها لم تقبض بالبيع الفاسد ولا بالغصب والحق الثاني لان مال الغير يجب رده
في يد بغير فعلها فكان كالثوب تطيره الريح **قال** دام ظله ولو اشترى من
الغاصب عالما فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن ولو قيل يرجع مع وجود
عين الثمن كان حسنا **اقول** الاول اطلاق كثير من الاصحاب ووجه الباقي
انه لم يزل عن ملكه وعينه باقية فكان له اخذه ولانه لو ملكه البايع فاما بمجرد الدفع
او بالبيع او بقيام البيع هنا مقام الهبة والاول باطل لعدم صلاحيته للتمليك
والثاني باطل لان انتقال الثمن الى البايع والعين الى المشتري معلولا علة العقد ونسبته
اليهما متساوية واذا بطل احد المعلولين المتساويين بطل الآخر والا اجتمع النقيضان
ولاشتراط كل منهما بالآخر معية لا دورا والثالث باطل لان بطلان عقد
لا يوجب صرفه الى عقد لان لكل عقد لفظا خاصا به والحق عندي رجوعه بعين الثمن
مع وجوده وعدم الرجوع بشيء مع تلفه **قال** دام ظله ولو قيل الخشب بسقوط
حائط اسند بجذع العين **اقول** هذا قول الشيخ في المبسوط وفيه نظر لانه
تصرف في ملك الغير بغير اذنه والاصح للشيخ ان مراعاة المصالح الكلية
اولى من الجزئية مع التعارض وفي اسناد الحائط حفظ النفس المحترمة وفي تركه
حفظ منافع جذع مع امكان [illegible] فكان الاول اولى لوجوبه بعض [illegible]
على صاحب الجذع كانه [illegible] عينا بعينه سواه **قال** دام ظله وان رجع على
المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين والاجرة وعدمه **اقول**

وجه للرجوع للغرور والعدم لان الهبة لا تستعقب الضمان **قال** دام ظله
ولو صدقهما العبد فالاقرب القبول ويحتمل عدمه لان العتق حق لله تعالى كما لو
اتفق العبد والسيد على الرق وشهد عدلان بالعتق **اقول** اذا باع زيد
عبدا فاعتقه المشتري ثم اقرا بغصب البايع العبد من عمرو وصدقهما العبد ففي
القبول احتمالان وجه الاول قوله عليه السلام اقرار العقلاء على انفسهم جائز
والاقوى الثاني لان العتق بالاصالة حق لله تعالى ولهذا لو اقر العبد الحر
بالرقية وشهد عدلان بالعتق في تعارضا فقدم شهادة العدلين اجماعا ولانه مبني
على التغليب وتقدم على غيره **قال** دام ظله وكذا لو تبادعا في القيمة على راي
ما لم تدع ما يعلم كذبه كالدرهم في قيمة العبد **اقول** قال الشيخ في
المبسوط والخلاف القول قول الغاصب مع يمينه لجزمه وانكاره ويقيد المصنف
حسن وقال في النهاية القول قول المالك والاصح الاول **قال** دام ظله
ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقتها فادعى المالك الزيادة قبل
التلف والغاصب بعده او ادعى المالك تجدد العيب المشاهد في يد الغاصب الى قوله
والغاصب سبقه على اشكال قدم قول الغاصب **اقول** منشأه من اصالة
عدم السبق ومن اصالة البراءة والاقوى ترجيح اصل السلامة من العيب
قال دام ظله ولو باع الغاصب شيئا او وهبه ثم انتقل اليه بسبب صحيح
فقال للمشتري بعتك ما لا املك واقام بينة فالاقرب انه ان اقتصر على لفظ
البيع ولم يضم اليه ما يقتضي ادعاء الملكية سمعت بينته والا فلا كان تقول بعتك
ملكي او هذا ملكي او قبضت ثمن ملكي **اقول** وجه القرب انه فيبيع ما ليس ملكه
ولم يوجد ما ينافي الدعوى مطابقة ولا تضمنا ولا التزاما ومن حيث الظاهر
والاصل انه لا يبيع الا ملكه فيحكم عليه بالظاهر والحق التفصيل وهو
انه ان ضم اليه ما يدل على تملكه كقوله بعتك ملكي او هذا ملكي فانه لا
يسمع لانه تكذيب لما تقدم منه والا سمع **المقصد الثاني** في الشفعة
وفيه فصول **الاول** في المحل **قال** دام ظله لا تثبت في المنقولات
على راي **اقول** هذا اختيار الشيخ في الخلاف والمبسوط وابن حمزة
والطبرسي وحجته للاصل وقول الصادق عليه السلام ليس في الحيوان شفعة
وذهب السيد المرتضى وابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس الى ثبوتها
في

سواكان صح
في كل شيء من المبيعات منقولا او غيره لقول الصادق عليه السلام الشفعة
في كل شيء من حيوان او ارض او متاع الحديث ولم تثبت عندنا صحة سنده
قال دام ظله وفي دخول الدولاب نظر ينشأ من حيث العادة بعدم
نقله **اقول** ومن انه منقول حقيقة والاصح انه ان بيع مع الارض المشفوعة
ثبت فيه والا فلا **قال** دام ظله ولو احترزنا بالثابت عن حجرة عاليه
مشتركه مبنية على سقف لصاحب السفل فانه لا ثبات لها اذ لا ارض لها
وان كان السقف لهما فاشكال من حيث انه في الهواء فليس بثابت **اقول**
ومن ثبوته عادة والاولى العدم بثبوت الشفعة **قال** دام ظله ولو احترزنا
بالمشترك عن غيره فلا تثبت بالجوار ولا فيما قسم وميز الا مع الشركة في الطريق
والنهر اذا ضمهما البيع واحترزنا بالقبول للقسمة عن الطاحونة والحمام
وبئر الماء والاماكن الضيقة وما اشبهه مما لا يقبل القسمة لحصول الضرر
بها وهو ابطال المنفعة المقصودة منه فلا شفعة فيها على راي **اقول**
هنا مسائل **آ** لا شفعة بالجوار وكلام ابن ابي عقيل يشعر بثبوتها للجار **لنا**
قول الصادق عليه السلام لا تكون الشفعة الا لشريكين ما لم يقاسما الحديث وللاصل
واحتج ابن ابي عقيل بوجود السبب وهو الخوف من سوء عشرة الداخل ولقول
الصادق عليه السلام قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء
في الارض والمساكن وقال لا ضرر ولا اضرار وهو من باب الايماء الدال على
العلية كما تقرر في الاصول والجواب انه لو سلم لكان الموجود هو الحكمة
التي يشتمل عليها الوصف الذي جعله الشارع سببا للحكم وهو الشركة ولا يلزم من
ثبوت الحكمة مجردة عن الوصف ثبوت الحكم المعلل بالوصف **ب** لا شفعة فيما قسم
وميز خلافا لابن ابي عقيل والبحث فيه كالجار **ج** لا شفعة فيما لا يقبل القسمة
وقد نص المصنف على عدم القبول وهو مذهب الشيخ في النهاية والمبسوط
وعلي بن بابويه وابن البراج وسلار وقال السيد المرتضى والمفيد وابو الصلاح
وابن ادريس تثبت الشفعة واقول كلما هو على خلاف الاصل فيقتصر فيه
على الدليل كالنص والاجماع وهو ثابت فيما يقبل القسمة فيبقى الباقي على الاصل
قال دام ظله ولو كان الشريك موقوفا عليه تثبت الشفعة في الطلق ان
كان واحدا على راي **اقول** هذا اختيار ابن ادريس لانه شريك واحد في مبيع
واحد فكان له الشفعة كالطلق وذهب الشيخ في المبسوط الى عدم ثبوتها

فيه لعدم انحصار الحق فيه او لعدم الشرط وهو الملك لعدم الانتقال اليه والمقدمتان ممنوعتان قال دام ظله ولا يشترط لزوم البيع فلو باع بخيار ثبتت الشفعة اشترك او اختص باحدهما اقول هذا اختيار ابن ادريس وهو الاقوى لحصول البيع الذي هو علة في الشفعة وقال الشيخ في المبسوط والخلاف اذا كان الخيار للبائع او لهما فلا شفعة للشفيع لعدم انتقال الملك اليه بمجرد العقد وان كان للمشتري وجبت الشفعة لانتقال الملك اليه بنفس العقد لعدمه من جهة البائع لكن له المطالبة بعد انقضاء الخيار قال دام ظله وكذا لو باع الشريك ثبت للمشتري الاول الشفعة وان كان للبائع خيار الفسخ بعد الاخذ فالمشفوع للمشتري وان فسخ قبله فالحق للبائع وفي المشتري اشكال اقول منشاه من تجدد له ابتداء ومن زوال العلة الموجبة واشتماله على نفي حكمة السبب فكان مانعا

الفصل الثاني في الاخذ والماخوذ منه قال دام ظله فلا يثبت لغير الشريك الواحد على راي اقول هذا اختيار الشيخين وعلي بن بابويه والسيد المرتضى وسلار وابي الصلاح والصدوق في المقنع وابن البراج وابن حمزة والطبرسي وابن زهرة وقطب الدين الكيدري وابن ادريس وحجتهم الاصل ورواية يونس بن عبد الرحمن عن عبد الله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلم قال لا يكون الشفعة الا لشريكين ما لم يتقاسما فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة وذهب ابن الجنيد الى ثبوتها مع الكثرة وذهب الصدوق في كتاب من لا يحضره الفقيه لا يثبت مع الكثرة في الحيوان ويثبت مع الكثرة في غيره احتج ابن الجنيد بما رواه السكوني عن الصادق عليه السلم قال الشفعة على عدد الرجال وهي ضعيفة السند واحتج الصدوق بهذه الرواية وبرواية احمد بن محمد بن ابي نصر عن عبد الله بن سنان قال سالته عن مملوك بين شركاء اراد احدهم بيع نصيبه قال يبيعه قلت فانهما كانا اثنين فاراد احدهما بيع نصيبه فلما اقدم على البيع قال له شريكه اعطني قال هو احق به ثم قال عليه السلم لا شفعة في حيوان الا ان يكون الشريك فيه واحدا وهي ضعيفة السند واخطأ ابن ادريس هنا حيث ادعى الاجماع على انتفاء الشفعة مع الكثرة قال دام ظله وللاب وان علا الشفعة على الصغير والمجنون وان كان هو المشتري لهما او للبائع عنهما على اشكال اقول منشاه من الرضا بالبيع

بالبيع والا لم يصح فتسقط ومن اتحاد العلة لانا في طلب المعلول وهو الاصح قال دام ظله وكذا الوصي على راي اقول خالف فيه الشيخ في المبسوط لان الوصي متهم في ثبوت تقليل الثمن ولانه ليس له ان يشتري لنفسه بخلاف الاب والاصح اختيار المصنف هنا قال دام ظله ولو عفا الولي عن الطفل مع غبطة الاخذ كان للولي ايضا المطالبة على اشكال منشاه من ادائه الى التراخي بخلاف الصبي عند بلوغه لتجدد الحق له حينئذ اقول ومن حيث انه حق للصبي وهنا وليه وهذا هو الاصح عندي فان الشفعة حق للصبي ولا يبطل بترك الولي وكل حق للصبي فللولي طلبه ولا استبعاد في استحقاق الولي المطالبة بعد اسقاطه لبطلان الاسقاط فلا يترتب عليه اثر قال دام ظله وقيل تثبت مع الكثرة فقيل على عدد الرؤوس وقيل على قدر السهام اقول الاول اختيار الصدوق وابن ابي اختيار بعض الفقهاء لان المقتضي الملك ولا تفاوت في مراتب الملك فيتعدد بتعدده كالثمار والثاني اختيار ابن الجنيد والشفعة على قدر السهام من الشركة ولو حكم بها على عدد الشفعاء كان احتج الصدوق بالرواية المنقولة عن علي عليه السلم ان الشفعة تثبت على عدد الرجال ولانه من حصته اقل لو كان منفردا لاخذ الكل باجمعه فصاحب الاكثر اولى ولان المقتضي هو مطلق الشركة احتج ابن الجنيد بان المقتضي للشفعة الشركة والمعلول يتزايد بتزايد علته وينقص بنقصها اذا كانت قابلة للزيادة والنقصان وهاهنا الحكمان يصح فيهما والذي لهما قال دام ظله ولو باع احد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري وقيل بالشركة اقول الاول قول الشيخ في الخلاف لان الشفعة ولانها امور اضافية لا تعقل الا بين اثنين فانها استحقاق فهي تملك الملك من المشتري الى الغير فلا يعقل ذلك الا بين الاثنين ونفيه والثاني في قوله الصافيه واختاره في المبسوط والمصنف في المختلف على القول بالشفعة مع الكثرة لتساويهما في العلة الموجبة للشفعة ويكفي في التغاير التغاير بالاعتبار ولو سلمنا لكن سبب الشفعة مع الكثرة يستقل اثنين احدهما استحقاق الاخذ وثانيهما دفع الشريك الاخر عنه والثاني لا مانع منه ولا يتوقف على المغايرة فيثبت هذا الاثر قال دام ظله ولو رتب فللشفيع الاخذ من الجميع ومن البعض فان اخذ من السابق ابطل اللاحق المشاركة وان اخذ من اللاحق شاركه السابق ويحتمل عدم المشاركة الخ اقول وجه الاول ان سبب

الشفعة الملك السابق وقد حصل وهذا مبني على أن الشفعة هل تتبع الملك
اللازم أو مطلق الملك فعلى الثاني تشاركه وعلى الأول فهل ترك الشفيع كاشف
أو سبب اللزوم فعلى الأول يستحق لا الثاني **قال** دام ظله ولو أخذ الجميع
لم يشاركه أحد ويحتمل الحاضر **أقول** وجه الأول أن سبب الشفعة قد زال
ولأنها مبنية على الملك اللازم أو شرطه وأسنده الى الأخذ لأنه حال قوة المعلول فيأتي
عدم العلة **قال** دام ظله لو باع أحد الأربعة وعفى أخ فللآخرين أخذ المبيع
ولو باع ثلثه في عقود ثلثة ولم يعلم الرابع ولا بعضهم ببعض فللرابع الشفعة في الجميع
وفي استحقاق الثاني والثالث فيما باعه الأول واستحقاق الثالث فيما باعه
الثاني وجهان **أقول** من حيث ثبوت الملك حال البيع وزواله **قال** دام ظله
وفي استحقاق مشتري الربع الأول فيما باعه الثاني والثالث واستحقاق الثاني
شفعة الثالث ثلثة أوجه الاستحقاق لأنهما مالكان حال البيع وعدمه
لتزلزل الملك وثبوته للمعفو خاصة **أقول** وجه الثالث استقرار ملكه
ويحتمل عدمه لتأخر الاستقرار فإن جعلناه كاشفا استحق وإن جعلناه
شرطا لم يستحق لاستحالة تأخر الشرط عن المشروط وإن قلنا بالاستحقاق بمجرد
الملك استحق أيضا **قال** دام ظله لو كان الشفعاء الأربعة غيبا فحضر أحدهم
أخذ الجميع وسلم كل الثمن أو ترك فإن حضر آخر أخذ من الأول النصف أو ترك فإن
حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك فإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك وقيل للأول
أخذ الجميع أو ترك أما الثاني فله حقه خاصة لأن المفسدة وهي تبعيض الصفقة
على المشتري منتفية هنا أو أخذ النصف كان وجها **أقول** وجه الأول
أنه لم يوجد الآن غيره وجاز عفو الغائبين ويبقى هو المستحق للجميع نصف
الشفعة وليس له أخذ بعض حقه ولأن المطالبة وجبت منهما دون الثالث
قال دام ظله ولو قال الحاضر لا آخذ حتى يحضر الغائب لم يبطل شفعته على
إشكال **أقول** ينشأ من أنه الآن المستحق فأشبه المنفرد فإذا ترك مختارا
بطلت شفعته ومن أنه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه
وقواه الشيخ في المبسوط **قال** دام ظله ولو باع الشريك نصف الشقص
لرجل ثم الباقي لآخر ثم علم الشفيع فله أخذ الأول والثاني وأخذهما فإن
أخذ الأول لم يشاركه الثاني وإن أخذ الثاني احتمل مشاركة الأول
اول

هامش ص

أقول وجه الاحتمال وجود الملك وبين استحقاق أخذه بالشفعة فلا يكون
سببا لها وهذه الفروع كلها ساقطة عندنا فلهذا لم نرجح فيها شيئا **الفصل الثالث**
في كيفية الأخذ **قال** دام ظله يملك الشفيع الأخذ بالعقد وإن كان في مدة
الخيار على رأي **أقول** الخلاف هنا قد مضى **قال** دام ظله فلو قال أخذت نصف
الشقص فالأقوى بطلان الشفعة **أقول** القائل بدلالة المفهوم تبطل الشفعة
عنده لأن تقييد الأخذ بالنصف يدل على نفي الأخذ عن النصف الآخر عنده فيسقط
المسكوت عنه بالمفهوم والمنطوق باستلزامه تبعيض الصفقة ومن لم يقل بدلالة
المفهوم قوي السقوط كالمصنف لأن الشفعة إنما بطلت بالتصريح لا بالفحوى ولعدم
دلالة قوله أخذت النصف على الخيار في الباقي لأن اللزوم هنا شرعي لا عقلي لجواز اختياره
لأخذ النصف دون الباقي ويحتمل عدمه لأن أخذ النصف ملازم لأخذ الكل وتحقق
الملزوم يستلزم تحقق اللازم فيرجع المسألة الى أن اللزوم الشرعي هل هو كاللزوم
العقلي أم لا وأنه هل يشترط التصريح بالمطابقة أو لا والأصح السقوط في غير
المنطوق لتأخير الطلب ويلزم منه السقوط في الآخر لتبعيض الصفقة لما مر
قال دام ظله ويجب الطلب على الفور فلو أخر مع إمكانه بطلت شفعته
على رأي وإن لم يفارق المجلس **أقول** اختلف الأصحاب هنا فقال
الشيخ في المبسوط والنهاية وكذا أبو علي بالفورية وهو اختيار ابن البراج وابن حمزة
ووالدي وجدي لأنها خلاف الأصل إذ الأصل أن لا يملك مال الغير إلا
باختياره ورضاه فيخرج المجمع عليه وقال السيد المرتضى رحمه الله وعلي بن بابويه وابن
الجنيد وإن ادعيا أنها على التراخي لثبوتها والأصل البقاء **قلنا** فيما يبطله
وهو هنا ممنوع والحق عندي أنها على الفور لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله
وسلم أنه قال الشفعة لمن واثبها ولأنها حق مبني على التضيق لأنها ضرر لاستلزامها
على أخذ مال الغير قهرا بغير رضاه والتراخي نوع توسع فلا يناسبها ولما رواه
علي بن مهزيار عن الحسن قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل طلب شفعة أرض
فذهب على أن يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الأرض إن أراد
بيعها أيبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة قال إن كان معه بالمصر
فلينتظر به ثلاثة أيام فإن أتاه بالمال وإلا فليبع وبطلت شفعته في الأرض
وإن طلب الأجل الى أن يحمل المال فلينتظر مقدار ما يسافر الى تلك

البلد ويتعرف بمقدار ثلثة ايام اذا قدم فان وفاه والا فلا شفعة له ووجه
الاستدلال انه عليه السلام حكم ببطلان الشفعة بعد مضي ثلثة ايام اخرها
للعذر ولو كان حق الشفعة على الفور لم تبطل شفعته بالتاخير مطلقا
لعدم القايل بالفرق فيخرج القول به احداث قول ثالث وهو باطل باجماعنا قال
دام ظله وانما ياخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد فان كان مثليا فعلى الشفيع مثله
وان كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي سواء كان مثل قيمة
المشفوع او لا اقول الاجماع على ان في الثمن المثلي ياخذ الشفيع بمثله
وانما الخلاف في ذي القيمة فقال الشيخ تبطل الشفعة وقال المفيد تثبت ياخذ
بقيمة الثمن احتج الاولون بان الشفعة خلاف الاصل فيقتصر على
المجمع عليه ولرواية هرون بن حمزة الغنوي عن الصادق عليه السلام الى ان قال
فهو احق بها من غيره بالثمن والمراد المتحد في الماهية النوعية لا الشخصية
بالاجماع احتج الاخرون بعموم ثبوت الشفعة وهو ممنوع فرع
قال والذي اختاره المصنف ياخذ بقيمته يوم العقد في غير المثلي والاقوى عندي انه
يلحظ باعلى القيم من يوم العقد الى وقت الدفع لانه اخذ قهري كالغصب قال
دام ظله ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد لم يلحق الزيادة الثمن وان كان في
مدة الخيار على رأي ولا يسقط عنه ما يحطه البايع وان كان في مدة الخيار
على رأي اقول هنا مسئلتان آ اذا زاد المشتري بعد العقد في
مدة الخيار لم يلحق الزيادة بالثمن ولا ياخذ الشفيع بما وقع عليه العقد للرواية
المتقدمة وقيل يلحق وليس بجيد ب اذا حط البايع شيئا من الثمن في مدة الخيار
لم يسقط عن الشفيع عندنا وقال الشيخ يسقط لانه ياخذ بالثمن الذي استقر عليه
البيع وهذا ضعيف ظاهر والحق ما اخترناه اولا لما اخترناه هنا قال دام ظله
ولو كان الثمن مؤجلا فللشفيع الاخذ كذلك بعد اقامة كفيل اذا لم يكن
مليا وليس له الاخذ عند الاجل على رأي اقول هذا قول الشيخ في
النهاية وقال في الخلاف والمبسوط يتخير بين اخذه بالثمن حالا او بين الصبر الى
الاجل ثم ياخذ بالثمن والاول اختيار المفيد وابن ادريس وهو الاصح عندي
لان الاجل له حصة من الثمن قال دام ظله والثمن للواهب ان ياخذه
ان لم يكن لازمة والا فاشكال اقول منشأه من ان الهبة قد لزمت
من

من جهة الواهب والجمع بين الحقين يقتضي ذلك وهو ان يكون العين للشفيع
والثمن للموهوب له ومن حيث ان له الاخذ ابطال لها والاصح الاول ولا نظن
ان قوله والا اي وان كانت الهبة لازمة الى اخره فيه تناقض لان فرض لزومها يستلزم
استقرار ملك المتهب المنافي لاخذ الشفيع ففرض لزومها مع بقاء الشفعة
تناقض لان المراد بلزوم الهبة كلزوم البيع المستحق به الشفعة ونحن نقول ملك
المتهب على العين او منعنا ان المراد باللزوم لولا الشفعة كهبة ذي الرحم المقارنة
للاقباض قال دام ظله فان قلنا يرجع المتهب بما دفعه عوضا والا تخير
بينه وبين الثمن اقول ان قلنا ان الثمن للواهب فقد حكمنا ببطلان الهبة فيرجع
المتهب بالعوض ان كان قد عوض وان قلنا ان الثمن للمتهب تخير بينه وبين الثمن قال
دام ظله ولو كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على رأي اقول
اذا عيب المشتري المبيع بعد المطالبة بالشفعة قبل الاخذ كان النقصان بخاصة
ففيه اقوال ثلثة آ انه يضمن وهو المشهور واختاره شيخنا نجم الدين بن سعيد والدي
المصنف قدس الله سرهما هنا وفي المختلف وهو الاقوى عندي لان الشفيع استحق
بالمطالبة ان ياخذ المبيع كاملا وتعلق حقه به فاذا نقص بفعل المشتري ضمنه
له ب انه لا يضمن وتظهر من كلام الشيخ في المبسوط لان الشفيع لا يملك بالمطالبة
بل بالاخذ فتصرف المشتري في ملكه تصرفا سابقا فلا يضمنه لغيره لان الضامن لغيره
لا يتحقق ان يكون مالكا لما ضمنه للغير فان الضمان تابع لملك من له الضمان
ولا يجامع ملك من عليه ونقل هذا القول والدي وشيخنا ابن سعيد والجواب
انما يمنع صدق ان المالك لا يضمن ما ملكه لغيره كليا بل اذا لم يتعلق حق الغير
بملكه لا نسلم امتناع تعلقه فالمنع متوجه ولا نسلم تنافي اجتماع الملك والضمان
عليه مطلقا كالراهن اذا عيب الرهن فانه يضمن للمرتهن ملكه هنا بل ذلك في الملك
المستقر وهنا ليس بمستقر ويمنع جواز هذا التصرف المعيب للمشتري بل هو منهي عنه
لانه اضرار بالشفيع ونقض فيما جعله الشارع حقا له ج قول ابي الصلاح
انه قال وان استهدم المبيع او هدمه المبتاع من غير علم بالمطالبة فليس
للشفيع الا العرصة والالات وان هدمه بعد المطالبة فعليه رده الى اصله
قال دام ظله اما لو تلف بعض المبيع فالاقرب انه ياخذ بحصته من الثمن وان
لم يكن بفعل المشتري اقول الذي يظهر من كلام الشيخ في المبسوط انه ان كان

النقص يدخل على المشتري اخذ الباقي بالقيمة والصواب بالحصة من الثمن لجواز كونها
ضعفه والظاهر ان مراد الشيخ ما صوبناه وان كان بغير فعله ياخذه بجميع
الثمن او يترك لانه لا يرجع النقص الى المشتري بشيء فيكون الاخذ منه اضرارا
به والضرر لا يزال بالضرر وقال في الخلاف ان كان ذلك بامر سماوي فالشفيع
بالخيار بين ان ياخذ بجميع الثمن او يترك وان كان بفعل آدمي كان له ان ياخذ
العرصة بحصتها من الثمن والاصح عندي ما هو الاقرب عند المصنف ووجهه
القرب ان الثمن في مقابلة الجميع فالباقي يقابله بعض الثمن وهو ثمن له وهو انما ياخذ
بثمن ما يخصه لا بما يفيد ولا بما نقص ولانه تعذر على الشفيع اخذ الجميع وقدر على
اخذ البعض فكان له بالحصة من الثمن كما لو كان له شفيع اخر ولانه اخذ
بعض ما دخل معه في العقد فياخذ بالحصة كما لو كان معه شيء لا شفعة فيه
واما الضرر فانما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع وذلك لا يوجب السقوط يؤدي
عنه فلا يتضرر المشتري باخذه قال دام ظله ولو بنى المشتري او غرس بان
كان الشفيع غائبا او صغيرا فطلب المشتري من الحاكم القسمة فللمشتري قلع
غرسه وبنائه وليس عليه طم الحفر ويحتمل وجوبه الى الحق اقول وله صورة اخرى
وهو ان يكون الملك المشفوع مقسوما معينا وقد اشتركا في النهر والطريق
فتثبت له الشفعة اذا عرفت ذلك فنقول الاول قول الشيخ في المبسوط
لانه تصرف في ملك نفسه والثاني قول ابن الجنيد رحمه الله لانه يستحق اخذه
مفرغا مثل ما كان قال دام ظله ولو امتنع المشتري من الازالة تخير
الشفيع بين قلعه مع دفع الارش على اشكال وبين بذل قيمة البناء والغرس
ان رضي المشتري اقول الاشكال هنا في موضعين ا القلع ووجه من
ان حق الشفيع اسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب ومن ان المشتري
تام الملك قبل اخذ الشفيع ولهذا ملك النماء ومن بنى في ملكه لم يتعد
كالذي لا شفعة عليه وجاز ان يتراجعوا من بيع ليس موجبا لنقضه ونقض بنائه
والاثبت في الموهوب اذا غرس او بنى ورجع الواهب على القول بالجواز ولان
الشفعة موضوعة لازالة الضرر فلا يزال الضرر ب في وجوب الارش
مع القلع وينشأ من انه نقص دخل على ملك المشتري لمصلحة الشفيع
والى هذا ذهب الشيخ في المبسوط ومن ان التفريط حصل من المشتري حيث
زرع

وزرع في ارض مشترك له الملك واختاره المصنف في المختلف قال دام ظله
ومع عدمه نظر اقول ينشأ من قول جمهور الاصحاب ان له الاخذ بالقيمة ومن ان
تملك مال الغير بغير رضاه غير جائز عقلا ولقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن
تراض منكم وهذا هو الاصح عندي قال دام ظله والنماء المنفصل المتجدد
بين العقد والاخذ للمشتري وان كان نخلا لم يؤبر على راي اقول قال
الشيخ الطوسي رحمه الله الثمرة للشفيع في النخل غير المؤبر لانه يتبع الاصل في
البيع فكذا هنا لوجود المقتضي وهو كونه جزءا من المبيع وهو ممنوع والفرق ظاهر
ولانه مخالف للاصل قال دام ظله ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن
فالاقرب ان الشفيع لا يرجع بالتفاوت اقول اذا فسخ البائع البيع للعيب في
الثمن المعين واخذ قيمة الشقص تقدم حق الشفيع ونقصت قيمة الشقص عن قيمة
الثمن فعلى قول الشيخ للشفيع الرجوع بالتفاوت لان العقد قد بطل فلم يعتبر
ما وقع عليه بل ما استقر وجوبه على المشتري ووجه القرب ان الشفيع قد
ملكه بالعوض الذي وقع عليه العقد فلا يتغير حكمه بعد ذلك بالرد بالعيب
ولانه ياخذ بالعقد فلم يبطل حق الشفيع له فلا يبطل عليه قال دام ظله
ولو تلف الثمن المعين قبل قبضه فان كان الشفيع قد اخذ الشقص رجع البائع
بقيمته والا بطلت الشفعة على اشكال اقول ينشأ من البطلان فهنا فعلقه
شرط فيكون عدم التلف قبل القبض شرطا في صحة البيع وشرط السبب شرط
المسبب فيكون شرطا في الشفعة فعاد الحق كما كان فانتفى الفرق ومن سبق
الاستحقاق لان عدم التلف قبل القبض شرط البقاء والسبب في الشفعة الحدوث
وهذا هو الاصح عندي قال دام ظله وهل له الارش قبل الاخذ اقول
قال الشيخ لا ارش له وقد ذكر المصنف الوجهين فلا حاجة الى اعادتهما
الفصل الرابع في مسقطات الشفعة قال دام ظله وتسقط
بكلما يعد تقصيرا او توانيا على راي اقول الخلاف هنا قد مضى قال
دام ظله فان لم يجد فليشهد فان ترك الاشهاد فالاقرب عدم البطلان اقول
وجه القرب ان الظاهر انه ترك لعذر للمناسبة ولانه ثبت له حق الشفعة
والاصل البقاء ويحتمل عدمه لان الاشهاد اذا كان قائما مقام الطلب
وقد تركه فيكون عفوا له من تركه الطلب ولان الترك اعم من ان يكون للعذر

أو لا أو لا نعلم إلا وقت اتمام الشهادة ولم يوجد وهذا هو الاصح عندي لان الشفعة
خلاف الاصل قال دام ظله ولو اسقط حقه من الشفعة قبل البيع او نزل
عنها او عفا او اذن فالاقرب عدم السقوط اقول هذا اختيار ابن الجنيد
وابن ادريس لانه انما يستحقها بالبيع فلا حق له قبل البيع ولا يصح عفوه وقال
الشيخان وابن حمزة تسقط لانه يتمكن من دفع الضرر فلم يفعل والاقوى عندي
ما هو الاقرب عند المصنف قال دام ظله وكذا لو كان وكيلا لاحدهما
في البيع او شهد على البيع او بارك لاحدهما في البيع عنده او اذن للمشتري في
الشراء او ضمن العهدة للمشتري اقول هنا مباحث أ لو كان الشفيع وكيلا
لاحدهما في العقد فاوقعه قال الشيخ في المبسوط والخلاف لم تسقط شفعته وتبعه
ابن ادريس لان الحاكم سبب الشفعة لا يوجب نفيها والاقوى عندي اختيار والدي
في المختلف وهو عدم الشفعة لان رضا المتعاقدين ثابت الى تمام العقد فعادت
رضاه بالبيع القبول والاصل بقاؤه فبطلت ب اذا شهد على البيع قال الشيخ
في النهاية بطلت شفعته وتبعه ابن حمزة وقال ابن ادريس لا تبطل الشفعة وقال والدي
في المختلف ان وجدت دلالة على الرضا بالبيع بطلت الشفعة والتحقيق انه ان تجرد
سماعها العقد عن تحمل الشهادة فان طلب بلا تراخ لم تبطل والا بطلت ج
اذا بارك لهما او لاحدهما قال الشيخ في النهاية بطلت شفعته واختار الشيخ في
المبسوط انه اذا سلم وبارك وعقبه بالطلب بلا تأخير لم تبطل والاقوى سقوط الشفعة
وهو اختيار والدي في المختلف لانه يدل عرفا على الرضا بالبيع وقد وجد بعده
فتسقط د اذا ضمن العهدة لاحدهما اختار الشيخ في المبسوط والخلاف عدم بطلان
الشفعة وتبعه ابن ادريس واختار والدي في المختلف البطلان لدلالته على
الرضا عرفا وهو الاقوى عندي ومتى تحقق التأخير مختارا بطلت الشفعة
قطعا قال دام ظله او شرطا له الخيار فاختار الامضاء ان ترتبت على اللزوم
اقول اذا شرط المتبايعان للشفيع الخيار فاختار امضاء البيع هل تسقط
شفعته ام لا قال في المبسوط لا تسقط وقال في الخلاف تسقط ومنشأ
الخلاف على ان الشفعة هل تتوقف على لزوم البيع او على صحته مطلقا فعلى
الاول لا تسقط لان سبب الشفعة اللزوم واختيار المسبب لا ينافي طلب
المسبب بل اذا كان السبب من فعله من يطلب المسبب ومن قوة عليه فلا بد من
ارادة السبب وايجاده حتى يثبت المسبب ولان استحقاق الشفعة متأخر
عن

[illegible] سقوط الشفعة

عن لزوم البيع فلهذا قبل اللزوم كالاذن في البيع وعلى الثاني تسقط لان اجازة البيع
بعده اسقاط للشفعة باجماع القائلين بهذا القول وللتنفير ولئلا يخبرها اختيارا
فتبطل بقي علينا ان نبين الشفعة هل هي مترتبة على اللزوم او على العقد يحتمل
الاول من حيث انها معلولة للبيع فتتوقف لزومها على لزومه ومن حيث وقوع البيع
ومجرده موجب للشفعة لعموم النص والتحقيق ان امضاء البيع هل هو شرط السبب
او الحكم قال دام ظله او اقاله قبل قبضه على اشكال اقول اذا اعرض
الشفيع بتلف الثمن المعين قبل قبضه قال الشيخ في المبسوط تبطل الشفعة لبطلان
ويحتمل عدمه لان الشفيع قد تعلق حقه قبل حدوث النسخ والفسخ المتعقب للبيع الصحيح
لا تبطل الشفعة وهذا هو الاصح عندي وهذا فرع على ان الحيلة المتقدمة من انه اذا تلف
الثمن المعين قبل قبضه هل تبطل ام لا قال دام ظله ولو اخر الترك عاجلا الى الاخذ
وقت الحصاد نظر اقول منشأه انه لا ينتفع به قبل ذلك وخرج الثمر من يديه من غير
في التأخير ومن ان تأخير الشفعة كما لو بيعت ارض الزرع في وقت لا ينتفع بها الى الحصاد
شهرا او شهرين لا يوجب الشفعة الى وان الانتفاع والاصح عندي انه الحصر يا خيرها
لان الشفعة على خلاف الاصل وعموم ادلة فورية الشفعة قال دام ظله والشفعة
موروثة كالمال على رأي ساقط لبعض الورثة ولا اقول هذا اختيار المفيد
والسيد المرتضى والشيخ في الخلاف وابن الجنيد لعموم آية الارث وقال الشيخ في النهاية
وموضع آخر من الخلاف وابن حمزة وابن البراج والطبرسي انها لا تورث لقول علي عليه السلام
لا تورث الشفعة ولم يثبت قال دام ظله ولو عفى احد الوارثين فطلب الآخر ومات
الطالب فورثه العافي فله الاخذ بالشفعة على اشكال اقول منشأه من انتقال
الشفعة المستحقة لغير العافي اليه ان مورثه استحق الجميع بعد عفو
العافي وهو حق موروث متجدد ومن سقوط شفعته بحقه بعفوه وانما
يستحق عنه ما عفى عنه باعتبار انه غير لحكم العفو فلا اثر له لعدم الشرط
ولا يستحق نصيبه عنه لاستلزامه التبعيض ولانه كما سقط حق الشريك في
جزء سقط حقه في الكل ولانه رضي بشركة الشريك بعد البيع قال
دام ظله ولو اوصى لانسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحق
الشفعة الورثة ويحتمل الموصى له ان قلنا انه يملك بالموت اقول هذا مبني
على وقت ملك الموصى له وعلى وقت انتقال التركة الى الورثة وسيأتي قال
دام ظله ولو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له لتأخر

[illegible]

ملكه عن البيع وفي الوارث وجهان مبنيان على من باع قبل علمه ببيع شريكه **أقول**
مرتد أن الوارث لم يطالب لعدم علمه بالجملة لعذر يقتضي بقاء شفعته مع الاخير
ومنشأ الوجهين من زوال المقتضي ومن وجود الاستحقاق اولاً والاصل
بقاؤه **قال** دام ظله ولو باع احد الثلثة حصته من شريكه استحق المالك الشفعة
دون المشتري ويحتمل التسوية **أقول** وجه الاول عدم ثبوت الحق للمشتري
على نفسه ولانها اضافة ووجه الثاني استواؤهما في الموجب ولانه لما جاز للشريك
ان يملك المبيع بالخلطة دون الشراء فاولى ان يملكه بالخلطة مع الشرا

المقصد الخامس في التنازع

قال دام ظله لو اختلفا في الثمن ولا بينة قدم
قول المشتري مع يمينه ولو اقاما بينة فالاقرب الحكم ببينة الشفيع لانه الخارج
أقول هذا قول ابن ادريس وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط البينة بينة المشتري وقال
ابن الجنيد البينة على الشفيع في قدر الثمن اذا لم يقر له بالشفعة فان اقر بها المشتري كانت
البينة في قدر الثمن عليه والا كانت يمين الشفيع انه لا يستحق عليه زيادة على ما يقر له
بعوض الثمن ووجه القرب انه الخارج ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة
لان الشفيع لو ترك ترك فكان الملزم اولى احتج في الخلاف بان بينة المشتري
تثبت زيادة الثمن والبينات ترجح بكثرة الاثبات ويحتمل التعارض لان النزاع
وقع فيما وقع عليه العقد ولا دلالة لليد عليه فلانه نزاع في العقد وهو مبني على
التحالف عند التخالف في كمية الثمن **قال** دام ظله ولا تقبل شهادة البايع
لاحدهما ويحتمل القبول على الشفيع مع القبض وله قبله **أقول** وجه عدم
القبول مطلقا ان قلة الثمن توجب قلة الدرك عليه وكثرته توجب بطلان البيع
باستحقاق الزيادة مع الشرا بالعين ويرجع الى عينه فالشفيع يمكن في الموضعين
بجر نفعا ووجه القبول على الشفيع مع القبض اقراره بزيادة الدرك عليه
فلا تهمة وما ذكره اولا لا يقتضي عقلا في منع هذا لندوره واحتماله
بالنسبة الى هذا المحذور ووجه القبول له مع عدمه لانه لا مدخل للعوض على نفسه
والدرك انما هو للمقبوض **قال** دام ظله ولو كان الاختلاف بين المتبايعين
فالاقرب الحكم ببينة المشتري ويأخذ الشفيع به **أقول** قال الشيخ في المبسوط
يحكم بالقرعة فمن خرج اسمه حكم له واخذ الشفيع بذلك الثمن ووجه القرب
اما مع القول بان القول قول البايع مع بقاء العين فظاهر
واما

واما على القائل مع اليمين وهو اختيار المصنف فلانها مخالفة للاصلين انتقال
الملك لمدعى ورضا البايع بهذا العوض وبينة البايع تخالف اصلا واحدا وهو عدم
رضا المشتري بالزيادة ويأخذ الشفيع به لانه انما يأخذ من المشتري ويدفع اليه الثمن
فيحكم عليه باقراره وهو يدعي كذب بينة البايع **قال** دام ظله ولو لم تقم البينة
وحلف البايع فيتخير الشفيع بين الاخذ به او الترك والاقرب بما ادعاه المشتري
وكذا لو اقام البايع البينة **أقول** وجه القرب ان المشتري اعترف بان البايع
ظلمه بالزيادة فلا يطالبه بها ويحتمل ضعيفا اخذه بما حلف عليه البايع او اقام
عليه البينة لانه قد ثبت شرعا انه الثمن وان العقد وقع عليه فلو اوجب البايع
عنه لتنافى الحكمان **قال** دام ظله ولو اختلفا في قيمة المجعول ثمنا عوضا
على المقومين بان تعذر قدم قول المشتري على اشكال **أقول** منشأه من اخذ الملك
منه قهرا فلا يأخذ على العوض نصا ومن الاصل **قال** دام ظله ولو ادعى انه باع نصيبه
على اجنبي فانكر الاجنبي قضي للشريك بالشفعة لظاهر الاقرار على اشكال **أقول**
قال الشيخ في الخلاف والمبسوط تثبت الشفعة لقوله عليه السلم اقرار العقلاء على
انفسهم جايز وقد اقر بما يستحقها في ملكه وقال ابن ادريس لا تثبت الشفعة لعدم
ثبوت البيع وهذا الاختلاف انما هو على تقدير ادعائه عدم قبض الثمن وعلى تقدير اعترافه
بقبضه لكن مع اعترافه بقبض الثمن عدم الشفعة اظهر لاستحالة اخذه من
غير ثمن والبايع لا يستحقه لاعترافه بقبضه والمشتري لا يستحقه لانكاره البيع واستحالة
استحقاق غيرهما ويحتمل ان يقال يقبضه الحاكم ومع عدم اعترافه بقبض الثمن
ثبوت الشفعة اظهر لاعترافه باستحقاق اخذ الملك منه ودفع الثمن اليه
قصاصا ولانه عوض ملكه **قال** دام ظله وللشفيع دون البايع
على اشكال احلاف المشتري **أقول** لا شك في احلاف الشفيع للمشتري
اما لاثبات الشفعة على قول ابن ادريس في المسئلة المتقدمة او الدرك على قول الشيخ واما
البايع فمنشأ الاشكال من حيث ان فائدته حصول الثمن وهو يحصل من الشفيع
بغير يمين فلا فائدة في احلاف المشتري وكلما انتفت فائدة اليمين لم يجب
الاحلاف اما المقدمة الاولى فلان البيع يقتضي استحقاق المشتري العين واستحقاق
البايع الثمن ولا يحلفه البايع على نفي حق المشتري بل على نفي حقه وهو الثمن
فلما حصل الثمن انتفت فائدة اليمين واما الكبرى فظاهرة ومن انه ادعى

علي تحقيق حقا فيحتاج نفيه عنه الى اليمين ولانه يريد جعل درك الثمن عليه
والمشتري ينفيه فلابد من اليمين وهو اختيار الشيخ ولانه لو دفع الثمن الى
دافعه الشفيع اليه وجب قبضه واعلم انه لابد من اليمين على قول ابن ادريس
لعدم ثبوت الشفعة فلا يحصل له الثمن وهذا البحث انما يتاتى مع اطلاق
الثمن وكونه مثليا اما مع تعينه او كونه من ذوات القيم فللبايع بخلاف
المشتري قطعا وانما جعل درك الشفيع على البايع هنا لانه احد مسببيه
ولا نائب للمدعي عليه بالشراء فيه **قال** دام ظله ولو شهدت بينتان
لكل منهما بالسبق احتمل التساقط والقرعة **اقول** وجه الاول عدم
اولوية التقدم واستحالة الترجيح من غير مرجح وامتناع العمل بهما ووجه الثاني
انه مشكل والاولى التساقط والتحالف **قال** دام ظله ولو ادعى الابتياع
وادعى الشريك الارث او الاتهاب بينة قبل الترجيح والارث الحكم بينة الشفيع
اقول الاول قول بعض الفقهاء لاعتضادها بالاصل ولانه ليس بمجرد
انكار بل هو دعوى ثانية ووجه القرب انه يدعي الملك فهو مخالف للاصل
فيكون اقرب الى المدعي ومدعي الارث اقرب الى المنكر **قال** دام ظله
نعم لو شهدت البينة بالابتياع مطلقا والاخرى ان المودع اودعه ما هو
ملكه في تاريخ متاخر قبل قدمت بينة الايداع لانفرادها بالملك ويكاتب
المودع فان صدق بطلت الشفعة والا حكم للشفيع **اقول** قوله قيل
اشارة الى قول الشيخ في المبسوط ووجه قوله ان ملكية البايع المتاخرة
عن البيع منافية للحكم بالبيع الان في ذلك التاريخ وقد ثبتت بالبينة وملكيته
التي هي شرط في البيع حال البيع لم تثبت لان المقدر ان البينة شهدت بالبيع
مطلقا اي من غير تقييد بملكه فالشرط غير معلوم والمانع ثابت معلوم فلا
حكم بالبيع ولان الشفعة ملك فهي مبني على الاحتياط التام لان الاصل
ان المسلم لا ينتقل عنه ملكه الا باختياره فهي على خلاف الاصل فلا حكم بها
الا مع تعين ثبوت سببها ولم يحصل وقد استضعفه المصنف دام ظله لان
الشهادة بالملك المتاخر عن البيع السابق لجواز بنائهم على الظاهر وهو اصالة
بقاء الملك لعدم علمهم بالبيع فانه قد يخفى عنهم فيقدم بينة البيع ولانها
ناقلة عن الاصل وبينة الايداع مقررة والناقلة عن الاصل مقدم على المقررة
كما

كما تقرر في الاصول وهو الاقوى عندي **قال** دام ظله فان قال الحاكم استرشد
لفلان بشيء فان صدق ثبتت الشفعة عليه وان قال هو ملكي لم اشتره
انتقلت الحكومة اليه فان كذبته حكم بالشفعة على الحكم على اشكال **اقول**
من حيث استفادته عنه باقراره ومن حيث اعترافه بالشراء وتكذيب المنسوب اليه
والاقرب للحكم بالشفعة لاعترافه باستحقاق الاخذ من يده وتسليم الثمن
الحاكم **قال** دام ظله ولو انكر المشتري ملكية الشفيع افتقر الى البينة
وفي القضاء باليد اشكال **اقول** منشأه من وضع الشارع اياها علامة على الملكية
ومن انها صادقة مع عدمها فلا توجب ملكا لغيرها لافتقارها الى العلم المعارض
قال دام ظله ولو اختلف المتبايعان في الثمن واحتمنا التحالف اخذ الشفيع بما
حلف البايع لا بما حلف المشتري لان للبايع فسخ البيع فاذا اخذه بما قال المشتري
منع منه فان رضي المشتري باخذه بما قال البايع جاز وملك الشفيع اخذه بما قال
المشتري فان عاد المشتري وصدق البايع وقال كنت غالطا فهل للشفيع اخذه
بما حلف عليه الاقرب ذلك **اقول** تقرير هذه المسئلة انه اذا اختلف البايع والمشتري
في كمية الثمن وقلنا بالتحالف وانفساخ البيع بالتحالف لم تبطل الشفعة لانه فسخ
متجدد والاختلاف قبل اخذ الشفيع فليأخذ من البايع هنا ودركه عليه لانه اعترف
باستحقاق اخذه بذلك الثمن الذي ادعاه ولا يسقط حقه من العين بسقوط حق
المشتري وانما ياخذه بما حلف عليه البايع والا لم يكن في احلافه فائدة لان فائدته نفي
الثمن الذي قاله المشتري فاذا لم يحصل له الا هو اشبه بان عين البايع ولا فسخ حينئذ
هذا خلف فان رضي المشتري باخذه بما قال البايع قبل تمام التحالف جاز ولا يمين حينئذ
ويأخذه الشفيع هنا من المشتري بما قال المشتري اولا لاعترافه بان الثمن هو الناقص
والبايع ظالم باخذه الزيادة فان عاد المشتري اي رجع عن دعواه وصدق البايع
قبل حلف البايع حكم على المشتري باعترافه بصحة البيع فللشفيع اخذه حينئذ بما
حلف عليه المشتري اي بما ادعاه فهذا متفق عليه لا يحتمل غيره فقال والاقرب انه الاقرب
ووجه القرب قوله عليه السلام اقرار العقلاء على انفسهم جائز وقول المشتري الثاني
اقرار على الغير اعني الشفيع فلا يسمع ويحتمل بما قاله ثانيا لمثبوته باقراره ودعواه الغلط
في الاول وهو امر ممكن فلا يدخل عليه ضرر لان الشفعة ونقص الثمن مع امكان
صدقه ولان الاصل ان لا ينتقل ملكا التحقيق عنه الا بقوله وعلى القول باسقاط الشفعة

الشفعة مع التحالف والتفاسخ يرجع عما قاله ثانيا لان قول الثاني سبب في ثبوت
الشفعة وثبوت الفرع ينافي نفي الاصل وانما قال كنت غالطا لانه لو قال
كذبت لم يسمع قطعا واخذ بما قاله اولا وقوله حلف عليه لا يوهم اشتراط الحلف
لان عنوان الموضوع ليس بشرط في الحكم لانه يصدق كل نايم مستيقظ في الجملة
وانما ذكروا التحالف للبائع والمشتري ولم يذكروا التحالف للمشتري والشفيع لان
كلا من البائع والمشتري مدع منكر فحلف كل منهما من حيث هو مدعى عليه و
ليس كذلك المشتري والشفيع بل الشفيع مدع لا غير والمدعى عليه المشتري
مدعى عليه لا غير ولحق بالتحليف ولان البائع والمشتري مباشران للعقد و
الاختلاف في قولهما على السواء والشفيع اجنبي عن العقد فتصديق المباشر اولى
ولرجوع المشتري مع التحالف الى الثمن والبائع الى الثمن ولو تحالف الشفيع و
المشتري لم يرجع الشفيع الى شيء فلا فائدة في تحليفه ولو احلفا بعد قبض المشتري
واخذ الشفيع فاذا تحالفا اقرت العين في يد الشفيع ويرجع البائع على
المشتري بقيمته بعد الفسخ يوم قبضه قال دام ظله وان كذبه احلف الناكل
ولا يكون النكول اسقاطا لان ترك اليمين عذر على اشكال اقول منشأه من جوازها
عند الصدق وكراهتها للخطر الفصل الثالث في احياء الموات قال
دام ظله ولو استولى طائفة من المسلمين على بعض مواتهم ففي اختصاصهم بها من
دون الاحياء نظر ينشأ من انتفاء اثر الاسلام سببا فيما ليس بمملوك
اقول ومن ان ارادتهم الحياة على الاستيلاء في الموات اولى بان يفيد الاختصاص
فيها ولان الاستيلاء ابلغ من التحجير والاصح الاول فان الموات لا يملك الا
بالاحياء قال دام ظله وحد الطريق لمن استطرق المحتاج اليه في الارض
المباحة خمس اذرع وقيل سبع اقول الاول قول كثير من الاصحاب و اختاره
المصنف هنا ونجم الدين بن سعيد وقال الشيخ في النهاية هو سبع اذرع و
اختاره ابن ادريس والمصنف في المختلف وهو الاصح عندي لنا رواية
مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلم قال قضى رسول الله صلى الله عليه وآله
الى ان قال والطريق اذا تشاح عليه اهله فحده سبع اذرع وكذا في
حديث السكوني عن الصادق عليه السلم احتج الاولون باصالة عدم الزايد
قال دام ظله ولو كان النهر في ملك الغير فادعا الحريم قضي له
مع

مع يمينه على اشكال اقول معنى الحريم هو الموضع القريب من موضع معمور يتوقف تمام
الانتفاع بذلك المعمور عليه ولا يد لغير مالك المعمور عليه ظاهرا فهو حريم لذلك
الموضع المعمور فاذا كان النهر في ملك الغير وتداعيا الحريم ففي تقديم ايهما
اشكال ينشأ من تعارض الحق والملك والملك اقوى ومن توقف غاية
الملك على الحريم فيما ديه ولان الاصل عدم استحقاق حق في ملك الغير
مالكه فكلام مالك الملك يوافق الاصل ودعوى صاحب النهر تخالف الاصل
فهو المدعي والاول هو المنكر ومن حيث ان الحريم لازم للنهر لا ينفك عنه كما
فكلام مدعيه موافق للظاهر لان ثبوت الملزوم يستلزم ثبوت اللازم فمالك الارض
يدعي خلاف الظاهر فالاشكال هنا ناش من تعيين المدعي والحريم ولان باحياء
الحريم يملك الحريم على الاقوى فيقدم قول المدعي للحريم لانه ذو يد قال دام ظله
فان مات فوارثه احق بها فان باعه لم يصح بيعه على اشكال اقول اي لو باع
المحجور شيئا للاشكال ان الارض المفتوحة عنوة ساغ تحجيرها ولو تبعا [illegible]
للاثار فكذا هنا ومن عدم الملك بل هو ملك الملك وليس حكمه حكمه والاقوى
الثاني قال دام ظله وليس للامام اقطاع ما لا يجوز احياؤه كالمعادن الظاهرة
على اشكال اقول ينشأ من وجوه آ اختلاف الاصحاب هنا فقال بعضهم انها مملوكة
للامام عليه السلم وهو اختيار المفيد وسلار واذا كانت له فله ان يقطعها وقال آخرون
المسلمون فيها مشتركون والجواز منع بعضهم عن حقه وقال ابن ادريس المعادن التي
في ملكه عليه السلم له فله اقطاعها وغيرها فلا ب قوله تعالى خلق لكم ما في
الارض جميعا اضاف الكل الى الكل بلا استحقاق ويقتضي الاشتراك والاصل
في المباحات الاشتراك فلا يجوز التخصيص الا بنقل وليس هنا وقيل بل اضافة
الكل الى الكل واحد والامام هو ولي المسلمين ووالي المصالح وله التخصيص كالحمى
والاقطاع في الموات فهو سلطان متصرف ومنع ما هو تناح حقوق فلا تخصيص
ج من ان الاستحقاق بحسب المصلحة والاحتياج فهو منوط بنظر الامام عليه
السلم فجاز له التخصيص ومن ان تخصيصا طلب من النبي عليه السلم ان يقطعه ملحا
بعينه [illegible] منع تخصيصه فقيل انه كالماء العد فقال عليه السلم فلا اذن وهذا هو
الاقوى عندي قال دام ظله ومن احمى شيئا منه له ملكه ما دام الحمى مستمرا
فان كان الحمى لمصلحة زالت فالوجه جواز الاحياء اقول وجه الجواز

[illegible]

زوال سبب المنع ووجه المنع أن التغيير انما يكون بالاجتهاد ولا يجوز تغيير ما فعله
الامام بالاجتهاد وان الحمى لا يثبت بمجرد المصلحة بل بحكم الامام فلا يزول الا بمزيل
شرعي مع اناطة الاحكام بالمصالح قال دام ظله ولو جلس للبيع والشراء
في الاماكن المتسعة فالاقرب الجواز للعادة اقول ويحتمل عدمه لان شرع
الطريق لمصلحة الاستطراق فلا يستعمل في غيرها والاقوى الاول قال
دام ظله فان قام ورحله باق فهو احق به فان دفعه سبق العود فالاقرب بطلان
حقه اقول وجه القرب انه لا يملك وبسبب الاولوية التصرف وقد زال ومن انه
ربما تضرر بتفرق المعاملين والاول اقوى قال دام ظله ولو لم يكن له رحل وكذا
ولو استبق اثنان فالاقرب القرعة اقول وجه القرب من حيث انه امر
مشكل ولعدم الترجيح واستحالة الترجيح بلا مرجح والمانع من كل منهما ثبوت حق الاخر
ولو ارتفعا لبنائه يستحيل اجتماعهما فتعين بالقرعة ومن انها تبين المتعين في
نفس الامر المشتبه عندنا لانها كاشفة وليس احدهما متعينا في نفس الامر والاقوى
عندي القرعة ومنع الحصر لجلية تعيين المشتبه الثابت في نفس الامر بل قد يكون
للترجيح لرفع النزاع وهو مطلوب للشارع قال دام ظله وهل يبطل الحكم
بمفارقة رحله اشكال اقول البحث هنا في المدارس ومنشأ الاشكال من حيث
ان رحله قد وضع بحق فلا يزال ومن انه لم توضع المدرسة لوضع الرحل بل كون
الرحل تابع لكونه فيه واذا زال المتبوع عادة لم يبق اثر التابع الفصل الثالث
في المعادن قال دام ظله اما الظاهرة الى قوله فهي للامام يختص بها عند
بعض علمائنا والاقرب اشتراك المسلمين فيها اقول ذهب ابن البراج في المهذب
الى ان جميع المعادن من الانفال وهي للامام عليه السلام وذهب المفيد ايضا الى
ان المعادن مطلقا من الانفال وذهب ابن ادريس الى ان المعادن التي هي ملكه
عليه السلام خاصة كبطون الاودية للامام عليه السلام وما هو في ارض المسلمين وبلد
مسلم عليه فلا يستحقه عليه السلام وذهب الشيخ في المبسوط الى ان المعادن
الظاهرة يشترك المسلمون فيها وليس للسلطان ان يقطعه بل الناس كلهم فيه
سوا يأخذون منه قدر حاجتهم والخلاف في ان ذلك لا يملك وهو الذي
اختاره المصنف هنا وهو الحق قال دام ظله فان تسابق اثنان اقرع مع تعذر
الجمع ويحتمل القسمة وتقديم الاحوج اقول اذا ازدحم اثنان على معدن
ولم يمكن الجمع بينهما ولكل واحد منهما حق الانتفاع فان سبق احدهما
قدم

قدم اجماعا والاقوى تقديره بقدر حاجته لقول النبي عليه السلام من سبق الى ما لم يسبقه
مسلم اليه فهو احق به وان توافيا ففيه احتمالات أ القرعة لانه امر مشكل ب
القسمة لانهما تساويا في سبب الاستحقاق ج تقديم الاحوج لان سبب الا
ستحقاق الاحتياج وكلما كان السبب اقوى قدم والاقوى عندي الثاني قال
دام ظله واما الباطنة وهي التي تظهر بالعمل والمعالجة فقيل انها للامام
انها خاصية والاقرب عدم الاختصاص اقول قد تقدم الخلاف في اختصاص الامام
للامام وعدمه فيه ووجه القرب ان الاصل الاباحة ذلك وعدم اختصاص الامام
عليه السلام به وانما قال في الظاهرة انها مشتركة وقال هنا بعدم الاختصاص
لان هذه تلحقه بالموات فمن احيى شيئا منها فهو احق به قال دام ظله ولو
حجر كان فرضا وهل المعدن ثم صححها السلطان في صيرورته عقمه او الجلس اشكال
اقول ينشأ من مشابهته الارض فيثبت له حكمها ومن انه تعد عنها في الغاية في
الماهية وهو الاقوى قال دام ظله ولو حجر في المباح لا للتملك بل للانتفاع فهو احق
مع بقائه عليها وقيل يجب بذل الفاضل عن ما هاه من قدر حاجته وفيه نظر
اقول هذا قول الشيخ الطوسي رحمه الله لرواية ابن عباس عن النبي عليه السلام قال
الناس شركاء في ثلث النار والماء والكلاء وروى جابر ان النبي صلى الله عليه
وآله وسلم نهى عن بيع فضل الماء ووجه النظر انه ان قلنا ان تملك المباحات لا
يحتاج الى نية فقد ملك هذا الماء المباح ولا يجب عليه بذله واصله كسائر الاموال
والمراد من الخبر تعلقه بجنس الماء المباح والنهي عن بيع فضل الماء لا يوجب البذل
لجواز كونه للجهالة وعلى القول بالاحتياج الى النية فيكون هنا كالتحجير ففيه
الاولوية ويمنع وجوب بذل الفاضل منه قال دام ظله ويملكون الماء الجاري فيه
على راي اقول ذهب الشيخ في المبسوط الى عدم ملكيتهم للماء الجاري في
النهر المملوك لهم بل يكونون اولى به والاولى الملك لانه مباح قابل للتملك تم عليه
للتملك قال دام ظله ولو احتاج النهر المشترك الى اصلاح او سقاية فهو
عليهم على حسب ملكهم فيشترك الكل الى ان يصلوا الى الادنى من اوله ثم
لا شيء عليه ويشترك الباقون الى ان يصلوا الى الثاني وهكذا ويحتمل التشريك
اقول وجه الاول ان ما تحت موضعه لا نفع له لعقبة ايد الاقوى

الموقوف لان الباقين يختصون بما بعد الاول فعليهم خاصة عمارته

كتاب الاجارة

وتوابعها وفيه مقاصد الاول في الاجارة وفيه فصول

الاول في الماهية قال دام ظله ولا الصبي غير المميز ولا المميز وان اذن له الولي على اشكال اقول ينشأ من انه مميز اذن له الولي فلم يجز نقضه ومن عموم النقض على عدم اعتبار عبارة الصبي والاقوى الثاني لان البلوغ سبب لا شرط قال دام ظله ولا تبطل بموت احدهما على راى الا ان يكون الموجر موقوفا عليه فيموت قبل انتهاء المدة فالاقرب البطلان في الباقي اقول هنا مسئلتان

أ اذا كان الملك للموجر طلقا هل تبطل الاجارة بموت احدهما نقول قال المفيد والشيخ في النهاية وسلار الموت يبطل الاجارة وقال الشيخ في الخلاف الموت يبطلها سواء كان موت الموجر او المستاجر وكذا قال في المبسوط واختاره ابن حمزة وابن البراج وقال ابن الجنيد ولو مات المستاجر قام ورثته مقامه وقال ابو الصلاح لا تبطل الاجارة بالموت ويقوم وارث كل واحد من المالك والمستاجر مقام مورثه وقال ابن ادريس وهو الاصح عندي واختاره والدي لنا ان العقد وقع صحيحا فيستصحب حكمه للاصل ولان العقد تمليك فيملك المستاجر المنافع والموجر مال الاجارة فينتقل حق كل الى ورثته للاية واحتج المخالف بان العقد انما اقتضى تسلط المستاجر على ملك الموجر فلا يقتضي تسلطه على ملك غيره وادعى الشيخ في الخلاف اجماع الفرقة على اختياره فيها والجواب بما قلناه والاجماع ممنوع

ب اذا كان الملك الموجر وقفا ثم اجره الموقوف عليه والمصنف قوى هنا انه يبطل بموت الموجر خاصة لان البطن الثاني انما تلقى الوقف من الواقف فموت الموجر هو بيان انتهاء مدة استحقاقه واستيلائه ملكه عينه لانه حتى ياخذ ملك الوارث عن حق المستاجر بل انما تملك المدة لا غير لانها مدة حيوته وللمصنف قول اخر انه ان كان ناظرا في الوقف واجره بنظره لم تبطل الاجارة والا بطلت والاقوى البطلان في الوقف مطلقا لان استحقاق النظر كاستحقاق المنافع قال دام ظله ولو كان هو المستاجر فالاقرب الجواز

اقول

اقول وجه الجواز انه ملك المنافع ملكا مستقرا فلا يبطل بما يطرأ من ملك الرقبة وان كانت المنافع تبعا لولا الملك الاول كما انه اذا ملك ثمرة غير مؤبرة ثم اشترى الشجرة فانه لا يبطل ملك الثمرة وان كانت تدخل في الشراء لو لم يملكها اولا ويحتمل انفساخ الاجارة لانه اذا ملك الرقبة حدثت المنافع على ملكه تابعة للرقبة واذا كانت المنافع مملوكة له لم يبق عقد الاجارة عليها كما انه لو كان المانع ثابتا في الابتداء لم يصح منه الاستيجار كالنكاح فانه كما لا يجوز ان يتزوج امته كذلك لو اشترى زوجته ينفسخ النكاح ولان الاجارة والملك لا يجتمعان والثاني قد ثبت فينتفي الاول والحكم باطل قطعا ويمكن الفرق بين النكاح وما نحن فيه بان ملك الرقبة في النكاح يفيد ملك المنفعة الا ترى ان سيد الامة اذا زوجها لا يجب عليه تسليمها وان تنفق الصداق وفي الاجارة ملك المنفعة يفيد ملك الرقبة فان الموجر اذا اتفق لا يجب عليه تسليم العين وايضا الموجر لم يكن مالكا للمنفعة حين ملح فلا تصير المنافع ملكا للمشتري بالشراء والسيد مالك المنفعة بضع الامة المزوجة الا ترى انها لو وطئت بالشبهة يكون المهر له لا للزوج فاذا باع تبعت منافع البضع المملوكة له رقبتها وملكها الزوج بالشراء فانفسخ النكاح وفي الزائد من اجرة المثل قال دام ظله ويستقر الضمان على الموجر مع جهل المستاجر اقول منشاؤه من انه المباشر ومن انه مغرور والاشكال هنا كما مر في المشتري قال دام ظله ولو استاجر اجيرا للسفر في حوائجه فنفقته على المستاجر الا ان يشترط على الاجير فان ساخا في قدره فله اقل مطعوم مثله وملبوسه ولو قيل بوجوب العلف على المالك والنفقة على الاجير كان وجها اقول الاول قول الشيخ لانه استحق منافعه تلك المدة والنفقة للبقاء لاستيفاء المنافع فلا يجب عليه بذل المال ليحصل حق غيره ولانه ملكه للمنافع لم يبق له عوض بذل له ليحصلها ولما رواه سليمان بن سالم عن الرضا عليه السلم عن رجل استاجر رجلا بنفقة مسماة ولم يعين شيئا على ان يبعثه الى ارض فما كان من مؤنة الاجير من غسل الثياب او الحمام فعلى من قال على المستاجر والجواب انه محمول على اشتراط النفقة والثاني قول ابن ادريس للاصل وهو الحق لان الاجارة معاوضة لا تقتضي خارجا عن

ان يتزوج

العوضين بعين شرط ولانه تتفاوت الرغبات والاجر باشتراط النفقة وعدمها
وتقديرها فيكون جزءا من العوض لكنها مجهولة وجهل الجزء يقتضي جهل الكل وان
النفقة تابعة للملك الرقبة او الحرية فلا يجوز اجراؤها على غيرها بتخصيص او نسخ لم يثبت
قال دام ظله ولو آجر عبده ثم اعتقه في اثنائها لم تبطل الاجارة ويجب على العبد
ابقاء المنافع باقي المدة والاقرب عدم رجوعه على مولاه باجرته اقول قال الشيخ
في المبسوط فيه قولان احدهما يرجع باجرة المثل على السيد في تلك المدة والآخر لا
يلزمه وهو الصحيح لانه لا دليل عليه والاصل براءة الذمة ويحتمل الرجوع وعلى
ما حكاه الشيخ به قول ووجهه ان منافعه صرفها في مصلحته بعد الحرية وملكية
المنافع معلول لملك العتق وقد زالت العلة وقد اتلفها فيضمنها قال دام ظله
وفي الاكتفاء بالمشاهدة نظر اقول منشأه من اختلاف الاصحاب فان الشيخ
رحمه الله ذهب الى الاكتفاء بها للاصل وانتفاء الغرر ومنعه ابن ادريس للغرر
والحاصل ان الغرر الجهل والشيخ فسره بالجهل من كل وجه وابن ادريس فسره
بالجهل بوجه ما والصحيح الثاني لان النهي عن الغرر الذي هو المؤدي الى التنازع
وهو هنا كذلك ولانه ربما انفسخت الاجارة في بعض المدة فيتعذر الرجوع بها
قال دام ظله اما بيع جزء الدقيق او المرضعة بجزء من المرتضع الرقيق فالاقرب
الجواز اقول وجه القرب وجود المقتضي وهو العقد وانتفاء المانع للاصل
ولان احد الشريكين لو ساقى صاحبه وشرط له زيادة من الثمار يجوز وان كان
عمله يقع في المشترك ويحتمل عدم الصحة لاستلزامها العمل في ملكه بعوض
على عينه ولان صحة الاجارة تستلزم استلزام الشيء لنقيضه لان لزوم الاجارة
بحالها تستلزم لزوم الملك له المستلزم لعدم وجوب العمل فيما يخصه لانه عمل في
ملك نفسه له اذ منفعته تعود اليه فلا يستحق للعوض وذلك مستلزم لعدم لزوم
ملكه المستلزم لعدم لزوم الاجارة بحالها واللازم باطل بالضرورة فكذا
الملزوم وهذا مبني على ملك ما له بالاجارة بنفس العقد اما على تقدير الملك
بالعمل فلا استحالة قال دام ظله ولو قال ان خطته اليوم فلك درهمان
وان خطته غدا فدرهم احتمل اجرة المثل والمسمى اقول الاول قول ابن ادريس
لانه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتعيين والابهام فلم يصح ولان الاجارة
لم توجب شيئا معينا والثاني قول الشيخ في الخلاف لان الاصل جواز ذلك والمنع
بخلاف

بخلاف الدليل وقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم وقال الشيخ في المبسوط ٢
يصح العقد فان خاطه في اليوم الاول كان له الدرهمان وان خاطه في الغد كان
له اجرة المثل ان لم ينقص عن درهم ولم يتجاوز الدرهمين والاصح بطلان الاجارة
فله اجرة المثل مطلقا قال دام ظله ولو آجره كل شهر بدرهم ولم يعين واستاجر
لنقل الصبرة المجهولة وان كانت مشاهدة كل قفيز بدرهم او استاجره مدة شهر بدرهم
فان زاد فبحسابه فالاقرب البطلان الا في الاخير فان الزائد باطل اقول
هنا مسائل أ اذا آجر الدار كل شهر بدرهم ولم يعين مجموع المدة اختار
شيخنا المصنف البطلان وهو اختيار ابن ادريس لفقد شرط الصحة فان العلم
بقدر المنفعة شرط اتفاقا وهي هنا انما تعلم بالمدة والمدة مجهولة ولا يلزم من مقابلة
كل جزء من اجزاء المدة المجهولة بعوض معلوم صيرورة المدة باجمعها معلومة ولا
العوض معلوما وقال الشيخ في النهاية والمبسوط والمفيد يصح الاجارة في شهر
وقال ابن الجنيد ولا بأس ان يستاجر الدار كل شهر بكذا وكل يوم بكذا ولا بد من نهاية
الاجارة احتج الشيخان بان التقدير آجرتك هذا الشهر بدرهم وكذا ما بعده دائما
والجواب المنع من ذلك ب اذا استاجره لحمل صبرة مجهولة القدر مشاهدة
كل قفيز بدرهم بطل لجهل العمل والاجرة وقال الشيخ في المبسوط اذا استاجره لحمل عشرة
اقفزة من صبرة مشاهدة كل قفيز بدرهم صح وكذا اذا قال بعتكها كل قفيز بدرهم
صح وفرق بين اجارة الدار كل شهر بدرهم عنده من لا يجوز ذلك بان المدة مجهولة واما هنا
الصبرة غير مجهولة لانها معلومة بالمشاهدة ج اذا قال آجرتك الدار شهرا بدرهم
فان زاد فبحسابه اختار المصنف الصحة في شهر لان المدة والاجرة معلومتان ويحتمل
البطلان لانه شرط شرطا مجهولا والاصح البطلان في الكل قال دام ظله
ويجب تسليمها مع شرط التعجيل والاطلاق وان وقعت الاجارة على عمل
ملك العامل الاجرة بالعقد ايضا لكن لا يجب تسليمها الا بعد العمل وهل
يشترط تسليمه الاقرب ذلك اقول لانها معاوضة فلا يستحق تسليم العوض
الا بتسليم المعوض وهذا قول الشيخ في المبسوط وهو الاصح عندي ويحتمل
عدمه لانه ملكه بنفس العقد فيجب عليه تسليمه الى مالكه قال دام
ظله ويجوز ان يؤجر العين بأكثر مما استاجرها وان لم يحدث شيئا مقوما وكان
الحسن واحدا على رأي اقول هذا اختيار المصنف وابن ادريس

وسلار ويحتمل وهو الاصح عندي لوجود المقتضي وهو ملك المنفعة وانتفاء المانع
وهو الربا اذ المعاوضة الثانية لم تقع على عين الحانوت الاول والاثم الصحيح مطلقا
ولرواية ابي المغرا في الحسن عن الصادق عليه السلام في الرجل يستاجر الارض ثم يواجرها
باكثر مما استاجرها فقال لا باس الحديث وقال الشيخان والمرتضى وسلار والصدوق
في المقنع وابو الصلاح وابن البراج في المهذب بالمنع مع اتحاد الجنس ومنع ابن الجنيد
معه في الزيادة احتج الشيخ بانه ربا ولما رواه الحلبي في الحسن عن الصادق عليه
السلام في الرجل يستاجر الدار ثم يؤجرها باكثر مما استاجرها قال لا يصلح ذلك
الا ان يحدث فيها شيئا وعن ابي بصير قال قال ابو عبد الله عليه السلام اني
لاكره ان استاجر رحا وحدها ثم اوجرها باكثر مما استاجرتها الا ان احدث
فيها حدثا او اغرم فيها غرامة والجواب المنع من الربا وحمل الحديث على الكراهة
قال دام ظله وكذا لو سكن البعض واجر الباقي بالمثل او الزائد وكذا لو تقبل
عملا بشيء وقبله لغيره باقل اقول منع الشيخ رحمه الله من ذلك كله لانه ربا
وبالروايتين المتقدمتين في المسالة السابقة وبما رواه ابو المغرا في الحسن عن
الصادق عليه السلام في حديث ان فضل الحانوت والاجير حرام والحق جوازه لما رواه
محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن الرجل يتكارى الارض بمائة
دينار فيكري نصفها بخمسة وتسعين دينارا ويعمر هو نصفها قال لا باس ولما تقدم
قال دام ظله الثالث ان تكون المنفعة متقومة فلو استاجر تفاحة للشم او
طعاما لتزيين المجالس او الدراهم والدنانير والشمع كذلك او الاشجار للوقوف
في ظلها ففي الجواز نظر ينشأ من انتفاء قصد هذه المنافع ولهذا لا تضمن منفعتها
بالغصب اقول لابد في المنفعة من ان تكون متقومة ليحسن بذل المال في مقابلها
وان لم يكن كذلك كان بذل المال سفها وتبذيرا فيمنع منه كما منع من شراء ما
لا ينتفع به ووجه الجواز فيما ذكر انها منافع قد يحتاج اليها وانما قال تفاحة
لان الصحة في الكثير اظهر لصحة استيجار المسك والرياحين للشم ومن
التفاح ما هو اطيب من كثير من الرياحين اما التفاحة الواحدة فلا
تقصد للشم كالكثير فيكون استيجارها كشراء الحبة من الحنطة
والشعير والاصح عندي البطلان في التفاحة للشم قال دام ظله
اما لو استاجر شجرا ليجفف عليها الثياب او ليستظل بها فالوجه
الجواز

الجواز اقول وجه الجواز دعاء الضرورة اليها وبه قال الشيخ ويحتمل عدمه
لان الاشجار لا تقصد لهذه الاغراض ولعدم جعل الشارع لها قيمة على الغاصب
مع ضمانه المنافع المتقومة والاقوى البطلان قال دام ظله ولو استاجر
الظئر للارضاع لو لم يضم الحضانة جاز فالاقرب جوازه مع عدمها للحاجة
اقول يحتمل المنع لعدم انضباطه ولتناولها الاعيان ولا شيء من الاجارة
كذلك والاقوى الجواز وهو مذهب الشيخ الطوسي في المبسوط لما ذكر ولقوله
تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن جعل ذلك مقابلة الارضاع والتحقيق
ان هذا العقد يتناول الفعل وهو جعل الثدي في فم الطفل ويكون مخصوصا
بالسنة النبوية واللبن تابع للضرورة والاية يفهم منها ذلك لانها دلت على الفعل
ويتناول اللبن قال دام ظله وهل يتعدى الى الشاة للارضاع السخلة الاقرب
ذلك اقول وجه القرب الحاجة ويحتمل المنع لما تقدم ولعدم جريان العادة
والاول اقوى قال دام ظله وفي جواز استيجار البئر للاستقاء منها اشكال
اقول ينشأ من ان الاجارة لا تتناول الاعيان ومن دعاء الضرورة
اليه والاقوى الجواز كالحمام قال دام ظله ولو انهدمت الدار او غرقت الارض
او انقطع ماؤها في الاثناء فللمستاجر الفسخ فان بادر المالك الى الاعادة فالاقرب
بقاء الخيار اقول لاصالة بقاء ما كان على ما كان ويحتمل عدمه لانه حال وجود
الموجب بفسخ ويحدثه فقد زال فينتفي حكمها واعلم انه اما ان يفوت شيء من المنافع
على المستاجر او لا فان كان الاول فله الفسخ قطعا وان لم يفت فهي المسالة لان
النص على انه للانهدام سبب الخيار والشارع اذا علق حكما بوصف لم يعتبر
حصول الحكمة التي هو مظنتها بالفعل فمن ثم جاز الفسخ ومن حيث انه لم يفت
شيء من المنافع التي وقع عليها العقد والاصح الاول قال دام ظله ولو
منعه المؤجر من التصرف في العين فالاقرب تخيره بين الفسخ فيطالب بالمسمى وبين
الامضاء فيطالب باجرة المثل اقول قال الشيخ الطوسي يكون كالمتلف للمعقود
عليه ووجه القرب انه ملك المنافع واتلفها عليه المالك تعديا فتخير عليه
قيمتها فله اخذ القيمة وهي اجرة المثل ومن حيث انه لم يمكنه مما وقع عليه
العقد فله الفسخ احتج الشيخ بانه لا يعقل وجوب عوض ما اتلفه هو على غيره

له لانه يلزم الجمع بين العوض والمعوض وهو محال والجواب انه يجب عليه قيمته
وله المبيع فلم يجمع بين العوض والمعوض ولهذا اشكال في الشرع وهو انه اذا اجنى
البايع بعيب المبيع بعد القبض ثم افلس المشتري مع بقاء العين والثمن في
ذمته فللبايع الرجوع بالعين وللمشتري على البائع ارش جنايته سقط منه
ارش العيب ارش معاوضة فتقض المشتري للبائع ارش جنايته وهنا اولى قال
دام ظله ولو غصبها اجنبي الى قوله ولو تلفت العين في الاثناء استاجر
استوفى المستاجر المنافع الباقية وطالب الغاصب باجرة مثل الماضي وهل له
الفسخ فيه ومطالبة الموجر نظر اقول هذه المسئلة لمسئلة معنى في البيع
وهي انه اذا اتلف غاصب اجنبي بعض المبيع كعبد من عبدين قبل القبض والكلام
هنا في موضعين آ الفسخ وهو مخير فيه ولا ينفسخ العقد بمجرد ذلك بل له اجازة
الاجارة فله حينئذ استيفاء المنافع الباقية والرجوع على الغاصب باجرة
مثل الماضي وله الفسخ في الجميع لفوات المعقود عليه قبل قبضه لان المعقود
عليه هو المجموع ولم يحصل له بكماله وهل له الفسخ في الماضي خاصة ويستوفي
المنافع في الباقي فيه نظر منشاه من تبعيض الصفقة وهو غير مقتضي العقد ومن
اختصاصه بالمقتضي وهو فوات بعض المعقود عليه فيه لا في غيره والنقص الحاصل
بالتبعيض حصل في يد الموجر وبيده ضمان ب مطالبة الموجر فان كان قد قبض
فله المطالبة بالتقسيط من المسمى وهو ما يستند اليه كنسبة اجرة الماضي الى اجرة الكل
وهذا لا اشكال فيه بل هل له مطالبته باجرة المثل عن الماضي فيه نظر من حيث انه
مضمون في يده فيضمنه بقيمته ومن حيث ان العقد يقتضي ضمانه بما قبض عنه ولا نعلم
انه يقتضي ضمانه بالقيمة والاصل عدمه وهذا كاتلاف بعض المبيع والاصح عندي
انه لا رجوع عليه الا بالتقسيط من المسمى فعلى هذا لو لم يقبض شيئا من المسمى لم يكن له
الرجوع عليه بشيء ويستقر الضمان على الغاصب قال دام ظله ولو حدث خوف
منع المستاجر من الاستيفاء كما لو استاجر جملا للحج فتقطع الناس بلد فالاقرب
تخيير كل من الموجر والمستاجر في الفسخ والامضاء اقول وجه القرب انه قد
حدث امر منع استيفاء المنافع لان الاحتراز عن الضرر المظنون واجب وكان
للمستاجر الفسخ كما في الغصب قبل قبض المستاجر العين والموجر ايضا لحفاظ
عينه

عينه ويحتمل عدمه لانه ملك المنافع ولم يتعذر عقلا استيفاؤها ولان حكم
الاجارة معلوم والخوف مظنون فلا يعارض المعلوم والجواب عن آ
ان الخوف رافع للقدرة الشرعية وعن ب ان وجوب العمل بالظن قطعي حاصل
من مقدمتين قطعيتين هما ان المكلف العاقل حصل له ظن لحصول هذا
الامر المخوف وكل من حصل له ظن المخوف وجب عليه اجتنابه عاجلا و
جبلته والنهاية اجماعية ولقوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة واتفق
الكل على انه ما نظن به الهلاك عن الشرعي والاجماع على ان الضرر في مثل هذا
الموضع جار مجراه والاقوى عندي الاول وهو تخيير كل واحد منهما
قال دام ظله ولو استاجر دارا للسكنى فحدث خوف عام يمنع الاقامة
بذلك البلد ففي تخير المستاجر نظر اقول منشاه مما تقدم والاصح هو التخيير
والعرف ان الامور نادرة فالمنع جاء من اجل منفعة المستاجر خاصة قال
دام ظله فلو اجر من وجب عليه الحج نفسه للنيابة عن غيره لم يقع و
كذا لو اجر نفسه للصلوات الواجبة عليه فانها لا تقع عن المستاجر وهل
تقع عن الموجر الاقرب العدم اقول حصول المنفعة للمستاجر لازم لصحة الاجارة
لا يعقل انفكاكه عنه والا لاجتمع العوضان لواحد فلا يتحقق المعاوضة هذا
خلف اذا تقرر ذلك فاذا استاجر انسان غيره لفعل عبادة لا تقبل النيابة
في ذلك الوقت بطلت الاجارة قطعا فهنا مسئلتان آ مستطيع وجب عليه
حج الاسلام واجر نفسه للحج نيابة عن غيره لم تقع الاجارة ب اذا اجر
نفسه لغيره للصلاة الواجبة عليه اي على الموجر لم تصح الاجارة فاذا اوقعها
عن نفسه لم تقع عن المستاجر قطعا وهل تقع عن الموجر قيل نعم لان الاجارة
علة في وجود الداعي الى الصلاة بشرائطها وصفاتها فلا تبطل فان علل الدواعي
لا تبطل الفعل كالامر بالمعروف والنهي فانهما علتان للداعي ولا تبطلان
الصلاة ولان الاجارة والجعالة لو نافيا الاخلاص لم تصح الصلاة بها عن
الميت والاقوى البطلان لان الفعل الواحد لا يكون له غايتان متنافيتان
وغاية الصلاة التقرب والاخلاص لقوله تعالى وما امروا الا ليعبدوا الله
مخلصين وهذه الصيغة للحصر وهو مناف لكون حصول الاجرة غاية
لكنه جعل الثاني غاية فينتفي الاول وانتفاء الاخلاص يوجب بطلان

الصلاة والاجماع فرق بين هذه الصورة وبين الاستيجار على الكتب **قال** دام
ظله ولو استاجره ولي الميت عنه لصلوته الفائتة وجب على الاجير الاتيان بها على
ترتيبها في الفوات فان استاجر اجيرين كل واحد عن سنة جاز لكن يشترط الترتيب
بين فعليهما فان اوقعاه دفعة فان علم كل منهما تعقد للآخر وجب على كل
واحد منهما قضاء نصف سنة وان جهلا فكذلك وفي ضمان الولي اشكال
اقول منشأه من انه الغاصب المفرط لعدم اعلامه ومن انه سبب وهما مباشران
ولانه استاجرهما للفعل الصحيح ولم يوقعاه والعلم مقدور والتفريط منهما
لان تركه المقدور منسوب الى القادر والاصح الاول لان السبب هنا اقوى من
المباشر لغروره كمن قدم الى غيره طعاما مغصوبا **قال** دام ظله وفي جواز
الاستيجار للاحتطاب والاحتشاش او الالتقاط او الاصطياد نظر منشأه
من وقوع ذلك للموجر او للمستاجر **اقول** يبني على ان تملك المباحات هل تحتاج
الى النية ام لا والاقوى لانه اذا وجد في جوف السمكة شيئا كان له ملكا مع النية
قال دام ظله وفي الاجارة استخدامه خاصا وهو الذي يستاجر مدة معينة فلا يجوز
له العمل لغيره الا باذنه فان عمل مع ذلك لا باذن فالاقرب تخير المستاجر بين
الفسخ والمطالبة باجرة المثل او المسمى للثاني له او للمستاجر **اقول** على قول
الشيخ بفسخ الاجارة ووجه القرب انه ملك المنافع التي هي مملوكة
له وهو الاصح **قال** دام ظله وهل يتناول العقد اللبن في الحمل ووضع
الثدي في فيه ويتبع اللبن كالصبغ في الصباغة وماء البير في الدلو الاقرب
الاول لاستحقاق الحق بانفراده ودون الثوابي بانفرادهما وان خصه يتوقف
تناول الاعيان **اقول** يحتمل الثاني لان الاجارة موضوعة لاستحقاق المنافع
فان استحق بها عين للضرورة فهي تابعة ولقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن
اجورهن علق الاجارة بفعل الارضاع لا باللبن وفائدة هذا انه لو انقطع
اللبن طول المدة فعلى الاول يفسخ وعلى الثاني وهو انه للاجارة وتبعت
المنافع والاعيان تقع تابعة ويتخير المستاجر لان انقطاع اللبن عيب
ولو قيل بان المعقود عليه كلاهما لانهما جميعا مقصودان كان حسنا فيفسخ
العقد في الارضاع ويسقط قسطه من الاجرة ويتخير المستاجر لتفرق
الصفقة

للاجارة ح

الصفقة وانما يخرج تناول الاعيان هنا لان الضرورة داعية الى هذه
العين ولا يجب على ربها بذلها مجانا والبيع لها ممتنع ويلزم الانتفاع بهذه
العين المقصودة لوازم مضبوطة هي منافع يحصل التابع الاجارة متناوله
لهذه الاعيان ولان الاجارة تتناول منافع معروفة فقد يسوغ
فيها ما لا تتناوله في غيرها ولهذا عدل اليها **قال دام** ظله فان اسقته
لبن الغنم لم يستحق الاجرة ولو دفعته الى خادمتها فالاقرب ذلك ايضا **اقول**
وجه القرب ان المقصود الارضاع ويختلف باختلاف المرضعات فيحمل
مطلقه على المباشرة ولم يفعل المعقود عليه ويحتمل استحقاق الاجرة
لوجود الارضاع ولان اللبن تابع لما تقدم والاصح عدم الاستحقاق اما
المسمى فلان المعقود عليه فعلها مباشرة واما اجرة المثل فلانها متبرعة به
قال دام ظله فان مات المرتضع او المرضعة بطلت الاجارة ان كانت معينة
ولو كانت مطلقة ولو كانت مضمونة فالاقرب اخراج المثل من تركتها **اقول**
وجه القرب انه استحق هذه المنافع عليها وقد تعذر استيفاؤها
فيجب قيمتها وهي اجرة المثل وهو الاصح عندي ويحتمل انفساخ الاجارة
اما في موت المرتضع فلانه تعذر استيفاء المعقود عليه لانه لا يملك اقامة غيره
مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم فانه قد
يدر على احد الولدين دون الآخر فكان كانهدام الدار واما المرضعة
فلما قلنا من احتمال انصراف الاطلاق اليها وقال محمد بن ادريس تبطل بموت
المرتضع او المرضعة او الاب لانه المستاجر وقد اختار في موضع آخر من كتابه ان
موت المستاجر مبطل للاجارة **قال** دام ظله ويكفي في العمل مشاهدته ولو
اختلف فالاقرب وجوب اشتراط الجودة وعدمها **اقول** وجه القرب اختلاف
الاغراض والاجر باختلافه وتركه غرر ومن استحقاق المسمى وهو معلوم
والتحقيق ان هذه المسألة راجعة الى الاختلاف بالاشتداد والضعف في
سببه وقد اختلف الناس على ثلاثة اقوال **آ** انه اختلاف بالنوع وهو التحقيق
ب انه باعتبار الاجتماع للامثال **ج** انه باعتبار اجتماع للاضداد فعلى الاول
يجب اشتراط الجودة وعدمها ولهذا اختاره المصنف وعلى الباقين لا يشترط
فعلى الثاني بحث مبنى النقل وعلى الثالث لا يكون الصدق كالنوى في المرد تراب

العادة والتعسير في الحفظ فيحمل على الجيد والاقرب عندي ما جعله المصنف
اقرب قال دام ظله ولو مرض الاجير فان كانت مضمونة لم تبطل والزم
بالاستيجار للعمل وان كانت معينة بطلت وكذا لو مات ولو اختلف العمل
باختلاف الاعيان فالاقرب انه كالمعينة مثل النسخ لاختلاف الاغراض باختلاف
الاعيان اقول الصحيح ما ذكره المصنف فان الغرض لم يحصل من
غير الناسخ فاشبه ما لو اسلم اليه في نوع فسلم اليه غيره ويحتمل عدمه لانه ثبت
في ذمته النسخ مطلقا والاصح الاول لتعين كلما اختلف الاغراض به خصوصا
الناسخ معتبر لاختلافهم في الجودة والصحة قال دام ظله وروي لو شرط اجر
عشر قامات على خمسة وخمسين جزءا فما اصاب كل واحد فهو للاولى والاثنين للثانية
وهكذا فان عمل به احتمل تعديه فيقسم الخمسة على خمسة عشر اقول روى الشيخ
في النهاية عن ابي شعيب المحاملي عن الرفاعي قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن
رجل قبل رجلا يحفر له بئرا عشر قامات بعشرة دراهم فحفر له قامة ثم عجز
قال يقسم عشرة على خمسة وخمسين جزءا فما اصاب واحدا فهو للقامة الاولى
والاثنين للثانية والثلثة للثالثة وان ادى الى تقسيط المسمى على اجرة المثل وهو الاقوى
عندي ويحمل الرواية على انها استيجار لاستيفاء التراب والحافر عشرة والضابط
فيما اذا اردنا ان نعلم من عدة او مبدأ عدد الى عدد متكثر كم يكون
ان تضرب ذلك العدد في نفسه وتزيد عليه جذره فما بلغ نصفه فالنصف
هو المطلوب مثاله اذا اردنا ان نعلم من واحد الى عشرة متكررا اضرب
العشرة في نفسها تبلغ مائة وتزيد عشرة على المجموع ونصفه صار خمسة وخمسين
وهو المطلوب او تقول نزيد على العشرة واحدا وتضرب نصف العشرة في
المجموع صار ايضا خمسة وخمسين ولو عملنا بالرواية هل يتعدى الى غير البئر فيقسم
الخمسة على خمسة عشر فيه اشكال نشأ من عدم النص ووجود العلة قال
دام ظله وعلى تعليم القرآن الا مع الوجوب فيقدر بالعمل او بتعيين السور
او بالزمان على اشكال نشأ من تفاوت السور في سهولة الحفظ اقول
ومن اطلاق الاصحاب قال دام ظله ولو استقل بتلاوة الآية ثم لقنه
غيرها فنسي الاولى ففي وجوب اعادة التعليم نظر اقول نشأ من انه لا
يصدق

يصدق تعليم السورة الا بعد حفظها التحفيظ انها مجتمعة في القوة الحافظة
لان السورة هي جملة الآيات وانما وقع العقد على المجموع ووجوب الاجزاء
بالتبعية ومن انه قد تعلم هذه الآية فيسقط عنه تعليمها فاذا نسيها لم
يجب اعادة التعليم لان الاجارة لا يقتضي التكرار والتحقيق ان هذه المسئلة
تبنى على مسئلتين آ ان النسيان هل هو مقدور ام لا ذهب الجبائيان
الى الاول لانه عندهم ضد العلم والعلم مقدور وكلما كان احد الضدين
مقدورا كان الآخر مقدورا وذهب القاضي عبد الجبار وابو اسحق الى انه
غير مقدور لانه عدم والعدم غير مقدور فعلى الاول لا تجب الاعادة
لانه بسبب المستأجر وعلى الثاني تبنى على ب وهي انه هل السورة عبارة عن
مجموع الآيات مع الهيئة الاجتماعية او لا معها فان كان الاول تجب الاعادة
وان كان الثاني لم تجب لان الاجزاء لم يشترط في صحته اجتماعه مع باقي الاجزاء
اجزاء والاقوى عندي انه ان امكن ولم يكن تفريط المستأجر تجب الاعادة
لان الواجب هو فعل ما يوجب الحفظ عادة قال دام ظله وهل يجوز
على تعلم الفقه الوجه المنع مع الوجوب والجواز لا معه اقول البحث
هنا في موضعين آ من حيث الوجوب ووجه القرب انه اذا تعين التعليم
عليه كان من الواجبات المعينة فلا يجوز ان ياخذ الاجر عليها ولان كلما هو
مقابله عوض يلزمه فعله عند عدم وصول العوض والا لم يكن معاوضة
وان لم يكن العوض عوضا ويلزمه كلما يلزمه فعله على تقدير عدم وصول العوض
فلا يكون في مقابله عوض لكن هذا كذلك لانه قد تعين عليه فلا تنفع الاجارة
ومع عدمه يجوز لوجود المقتضي وانتفاء المانع اما الاول فلانه فعل
مقصود واما الثاني فلانه لا مانع الا وجوبه على الكفاية ولا يصلح للمانعية لان
جميع الصنائع واجبة على الكفاية فانه كلما ينتظم امور النوع واجب على الكفاية بنوع
والحق عندي ان كل واجب على شخص معين لا يجوز للمكلف به اخذ الاجرة
عليه والذي على الكفاية فان كان لو اوقعه بغير نية لم يصح ولم يرد الوجوب
به لم يجز اخذ الاجرة عليه لانه عبادة محضة وقال تعالى وما امروا الا
ليعبدوا الله مخلصين حصر غرض الامر في الاخلاص غاية الفعل

في الخلاص وما يفعل بالعوض لا يكون كذلك فلا يصح وعن ذلك يجوز اخذ الاجرة
عليه الا ما نص الشارع على تحريمه كالدفن ب في العمل وضبطه فيقول
الفقه هو العلم بالاحكام الشرعية الفرعية المكتسبة عن ادلتها التفصيلية بالا
ستدلال فاما ان يستأجره للتدريس فيه بتعيين المدة لا من يتعلم وما يتعلم
فالاصح الصحة وجازت الجهالة للحاجة كالجهاد ويحتمل العدم لعدم الضبط
واما ان يستأجره مع تعيين جمع من يتعلم او ما يتعلم فلا بد من ضبط المسائل
التي يعلمها قال دام ظله والاقرب جواز اشتراط الاجر على البناء اقول
وجه القرب اصالة الجواز ولانه استأجر البناء على البناء وهو عمل وشرط عليه شيئا
اخر لا ينافي الكتاب والسنة ولقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم ومن حيث
ان الاجارة لا تتناول الاعيان والاصح الصحة قال دام ظله ولو شرط الدواب
على الطين فالاقرب الجواز اقول وجه القرب انه شرط لا يخالف الكتاب والسنة
ولما تقدم في اشتراط الاجر ومن حيث انها لا تتناول الاعيان والفرق بينه
وبين الكحل العادة قال دام ظله ولو قدر الرعي بالعمل افتقر الى تعيين
الماشية فتبطل مع تلفها ويحتمل عدمه لانها ليست المعقود عليها وانما استوفى
المنفعة بها اقول التقدير بالعمل في الرعي بان يستأجره للرعي مدة معينة
اذ لو عين علفه لا يرضى لما هي المعينة بدوابه فهل يفتقر الى تعيين الدواب
التي يرعاها ام لا والاصح انا نفتقر وهو انما يختلف باختلاف العدد وباختلافها في
وعدمه والصعوبة والسهولة وكلما اختلف به يجب تعيينه وقال الشيخ
في المبسوط لا يحتاج الى التعيين لا في العدد ولا الشخص بل له ان يسترعيه
القدر الذي يرعاه مثله في العادة ويتفرع على ذلك انه لو دفع اليه
دواب فمات فان قلنا التعيين شرط وعين بطلت الاجارة لانها تناولت
عينا مخصوصة وقد تلفت فلا تتعدى الى غيرها والا لم يتعين بالتعيين فلا
يشترط التعيين لكنه شرط لما قلنا اولا ويحتمل عدمه اي عدم
اشتراط التعيين هنا كما ذهب اليه الشيخ الطوسي رحمه الله لانها ليست يستوفى
بها المنفعة وكانت كالعدم في الخياطة والة قطع الخشب وعلى هذا لا تبطل
بموت ما دفعه اليه من الدواب انما لو عقد على انه يرعى له هذه الدواب
المعينة

المعينة فهلكت بطلت الاجارة اجماعا قال دام ظله ولا يدخل الجواميس
والبخاتي في اطلاق البقر والابل عرفا على اشكال اقول منشأه من تعارض
النقل والمجاز فانه في العرف لا يستعمل فيهما غالبا ومن تعارض المجاز العرفي
الغالب الذي لم يبلغ حد الحقيقة والحقيقة اللغوية التي قل استعمالها
ولم يبلغ حد المجاز العرفي قال دام ظله ولا يكفي الوصف في
الضخامة والنحافة لمعرفة الوزن تخمينا نظر اقول معرفة الراكب
تشترط في اجارة الدواب للركوب وطرقها المشاهدة او وزن الراكب ب مشاهدته
ويكفي اجماعا ح وصفه فقيل يكفي وصفه بالضخامة والنحافة ليعرف وزنه تخمينا
للاكتفاء بها عادة ولانه لولاه لزم الحرج وقيل الوصف التام كالمشاهدة
في التخمين وهو الاصح عندي وقيل لا يكفي الوصف لان الغرض يتعلق بثقل الراكب
وخفته وضخامته ونحافته وكثرة حركاته وسكناته والوصف لا يفيد ذلك
فيكون غررا فلا يصح قال دام ظله ولا بد من مشاهدة الدولاب ان
استوجر له ومعرفة الدلاء وتقدير العمل بالزمان او بملء البركة مثلا لا بسقي البستان
لاختلاف العمل لقرب عهده بالماء او بعد عطشه ولو كان لسقي الماشية فالاقرب
الجواز لقرب التفاوت اقول ويحتمل عدمه للجهالة والاصح عندي الجواز
قال دام ظله وتعيين المنفعة للزرع او الغرس او البناء فان اجرها ليصنع
فيها ما شاء فالاقرب الجواز اقول وجه القرب الاصل ولان الاجارة عقد
وضع لتمليك المنافع ففي اي شيء شاء صرفها والاطلاق ولما رواه محمد بن الحسن الصفار عن
الحسن بن موسى الخشاب عن غياث بن كلوب عن اسحق بن عمار عن جعفر عن ابيه
عليهما السلام ان اباه كان يقول لا باس ان يستأجر الرجل الدار او الارض
او السفينة ثم يؤاجرها باكثر مما استأجرها به اذا اصلح فيها شيئا ولم يشترط
التعيين وقيل بوجوب التعيين لكن النص على التعميم والاول اقوى والاصح
الاول قال دام ظله ولو قال للزرع او الغرس بطل لانه لم يعين احدهما
ولو استأجرها لهما صح واقتضى التنصيف ويحتمل التخيير اقول وجه
الاول انه استأجرها للمنفعتين والتشريك مع الاطلاق يحمل على
التساوي لاستحالة الترجيح من غير مرجح فعلى هذا له ان يزرع الكل
لان له العدول من الغرس الى الزرع لا العكس ووجه الثاني انه ملك

المنفعتين في كل جزء فيتخير والاقوى الاول قال دام ظله ولو اختار المستاجر
لما ان يتعذر الزرع بسبب الغرق او انقطاع الماء او قلته بحيث لا يكفي الزرع
او نقصا الارض فيتخير في الاخذ بالجميع ويحتمل بما نقصا الارض اقول
وجه الاول ان الاجارة هو تقرير العقد الاول على ما بقي من المنافع كانه
كل المنافع ووجه الثاني ان الاجارة تقرير العقد الاول ومقتضاه مقابلة
الاجرة لجميع المنافع وهو يقتضي بملكية كل جزء منه في مقابلة كل منفعة منها
فيلزم سقوط ما يسقط عوضه وهو الاصح والمراد من الارش هنا هو ارش المعاوضة
وهو جزء من المسمى نسبته اليه كنسبة نقص الاجرة عن المنافع الناقصة عن اجرة كمال
المنافع قال دام ظله وللمالك منعه من زرع ما يبقى بعد المدة على اشكال
اقول يحتمل عدمه لانه يملك المنافع هذه المدة وهو الاصح وذهب الشيخ
في المبسوط الى ان المالك يملك منعه لاحتياجه الى المطالبة بالقلع والزرع
ثابت في ملكه ومثل ذلك يشق فجعل له المنع في الحال حتى يخلص من ذلك
ثم قال رحمه الله فان زرع لم يكن له ان يطالبه بالقلع في الحال لان له حق
الانتفاع بالارض في تلك المدة بالزراعة فهو مستوف لمنفعته فلم يمنع من
ذلك فان انقضت كان له ان يطالبه بالقلع لان صاحب الارض لم ياذن
له في ذلك فهو في معنى الغاصب ولانه لو لم يملك منعه لوجب ابقاؤه فيلزم
قهر الغير على ملكه فيملك منعه فيلزم من عدم الملك الملك والجواب
المنع من الملازمة قال دام ظله ولو استاجر مدة لزرع لا يكمل فيها فان
شرط نقله بعد المدة لزم وان اطلق احتمل الصحة مطلقا وبقيد امكان
الانتفاع فعلى الاول احتمل وجوب الابقاء بالاجرة اقول وجه الاول
وجود المقتضي لصدور الايجاب والقبول بالصيغة المعتبرة شرعا من
مالكيهما الجائزي التصرف والمدة مضبوطة يمكن استيفاؤها فيها وانتفاء المانع
اذ ليس هنا الا جواز القلع بعدها فلا يحصل الانتفاع معه وهذا لا يصلح
للمانعية اذ ليس القلع بمتعين لجواز الابقاء بالاجرة شرعا او صلحا وعلى حصول
استمرار الانتفاع الى اخر المدة ليس بشرط في صحة الاجارة بل في استيفاء
العناد وليس بحشو فيه والا لم تصح الاجارة اصلا ووجه الثاني انه لولا
امكان الانتفاع لكان قد استاجر عينا خالية عن المنافع فتبطل لانه اولى
من

من بطلان بيع عين لا ينتفع بها الا ان الاجارة تمليك المنافع واذا لم يكن منافع
لم تصح واما مع تحقق الانتفاع وكما لو حصل فصيل فيها فلوجود المقتضي و
انتفاء المانع ووجه وجوب الابقاء انه زرع وضع بحق فلا يقلع قبل ادراكه
ولان عدم وجوب الابقاء يستلزم عدم ملكية المستاجر منفعة متقومة
مطلوبة بالاجارة فلا يصح ويحتمل عدمه والا لصح شرط الابقاء بعد المدة
لانه تصريح بمقتضى الاطلاق وهو لمقتضى يخل العقد فلا يصح والاصح وجوب
الابقاء باجرة المثل لانه جمع بين الحقين لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق
واتفق الاصوليون على حجية دلالة المفهوم في هذا الحديث والملازمة ممنوعة
قال دام ظله ولو استاجرها للغرس سنة صح ان يغرس قبل الانقضاء
فان شرط القلع بعد المدة او لم يشترط جاز القلع ولا ارش على احدهما ويحتمل
مع عدم الشرط منع المالك من القلع الا مع الارش اقول وجه الاول
للاحتمال انه وضع باذن وهو غرس محترم ولقول النبي عليه السلام ليس لعرق
ظالم حق ومفهومه ان ما ليس بظالم له حق وهذا ليس بظالم ويحتمل عدمه
والحكم لان اشتراطه في الاجارة فيتحمل ولان تقدير المدة في الاجارة
يقتضي التفريغ عند انقضائها والا لم يكن له فائدة وهو الاصح الفصل الثالث
في الاحكام قال دام ظله ولو تلفت الاجرة المعينة في يد المستاجر فالنماء
للموجر ان كان منفصلا فان فسخت الاجارة ففي التبعية اشكال ينشأ من احتمال
وظهور البطلان فانها تابعة فيهما اقول منشأه من انه نماء على ملكه ومن
انه تابع للاصل فلا يكون ملكه اقوى من ملكه وملك الاصل كان متزلزلا فكذا
الفرع والاقوى الاول قال دام ظله والاقرب عدم ايجاب الخيوط على
الخياط ومن انه تابع للاصل فلا يكون ملكه اقوى من ملكه وملك
الاصل كان متزلزلا وكذا الفرع والاقوى الاول قال دام ظله
والاقرب عدم ايجاب الخيوط على الخياط اقول وجه القرب انها اعيان
والاجارة انما تناولت المنافع ويحتمل ايجابها عليه حملا للاطلاق على
العادة والاقوى الاول قال دام ظله ولو استاجر كلا من
الحضانة والرضاع لا يستتبع الاخر فان ضمهما فانقطع اللبن احتمل
الفسخ لانه المقصود والتقسيط والخيار اقول الحضانة هنا

عشر التي مرت وهي هنا عبارة عن حفظ الصبي وتعهده بغسله وغسل رأسه وثيابه
وخرقه وتطهيره من النجاسات وتكحيله وإضجاعه في المهد وربطه وتحريكه في المهد
لينام وحمله ووجه احتمال القسمة أنه جعل العوض في مقابلة شيئين ففوات
أحدهما فيسقط قسطه ولأنهما جميعا مقصودان ووجه الاحتمال الآخر
أن الحضانة لا تساوي الإرضاع أنها تابعة لأن الحضانة وضعت للمنافع
والأعيان تقع تابعة فهي بمنزلة الصفات المكملة للمقصود ففقدها عيب
فيتخير في الفسخ والانقضاء بالجميع لأن التابع لا يقابله جزء من العوض والأقوى
الأول قال وكذا في إيجاب الحبر على الناسخ والكش على الملقح والصبغ
على الصباغ إشكال أقول منشأه من العادة وأن الإجارة لا تتناول الأعيان
والأقوى اتباع العادة قال وكذا لو استأجر أرضا للزرع ولها شرب معلوم
تقتضي التبعية دخل ولو اضطربت العادة بأن تستأجر الأرض مفردة
وتارة معه احتمل التبعية وعدمها أقول وجه الأول أن الزراعة مفتقرة
إليه فالإجارة للزراعة تقتضي شرط الشرب وإلا لانتفت الفائدة المقصودة ووجه
الثاني الاقتصار على موجب اللفظ وإنما يزاد عليه لعرف مطرد وليس والأصح
الأول قال وكذا ونزع الثوب المستأجر وقت القيلولة ويكون الارتداء
به على إشكال دون الاتزار أقول منشأه من انصراف العقد إلى اللبس المعهود
لانصراف اللفظ إلى الحقيقة العرفية ومن أنه ملك منافعه ولأنه أخف ومن ملك منفعة
ملك الأخف منها والاتزار لا يجوز لأنه أضر قال وكذا ولو ضمنه المؤجر لم يصح فإن
شرطه في العقد فالأقرب بطلان العقد أقول هذا كما ذكر في بطلان الشرط
في البيع وقد مر قال وكذا فإذا تعدى بالدابة المسافة المشترطة أو حملها
الأثقل ضمنها كلها بقيمتها وقت العدوان ويحتمل أعلى القيم من حين العدوان إلى
التلف أقول وجه الأول أنه وقت الضمان وهو الأصح ووجه الثاني أنه كالغاصب
وإن نقصان القيمة السوقية إنما لم تضمن مع رد العين قال وكذا ولو
سلك بالدابة الأشق من الطريق المشترط ضمن وعليه المسمى والتفاوت بين الأجرتين
ويحتمل أجرة المثل وكذا لو شرط حمل قطن فحمل بوزنه حديدا أقول وجه
الأول أنه استوفى المنافع المعقود عليها وزيادة فإن القصد الوصول
إلى الغاية وقطع المسافة التي بين المبداء وبينها والمشترط الأسهل فحصل
الأشق

الأشق فاشتركا في قطع المسافة وزاد هذا بالمشقة ووجه الثاني أن الزيادة
غير متميزة وهو متعد بالجميع لأنه لو شاء لدابة منعه من سلوك تلك الطريق
كلها قال وكذا ولو استأجره لحياكة عشرة في عرض ذراع فنسجه
زائدا في الطول أو العرض فلا أجرة له على الزيادة وعليه ضمان نقص المنسوج
فيها فإن كان حاكه زائدا في الطول خاصة فله المسمى وإن زاد فيهما أو
في العرض احتمل عدم الأجر للمخالفة والمسمى وكذا لو نقص فيهما لكن هنا
لو أوجبنا أسقط بنسبة الناقص أقول وجه الثاني أنه أتى بالمشترط وزيادة
ولأنه إما أن يستحق الأجرة بعدم الزيادة خاصة وهو محال بالضرورة أو بمجرد
العمل وهو المطلوب أو بهما وهو محال أيضا والجواب أنه جاز أن يستحق بالعمل
بشرط عدم الزيادة وهو الأصح قال وكذا ولو قال إن قطعته قميص رجل
فقطعه قميص امرأة احتمل ضمان ما بينه صحيحا ومقطوعا وما بين القطعين
أقول وجه الأول أنه متعد بهذا القطع ولم يحصل المأذون فيه ووجه
الثاني أنه أذن في قطعه قميص رجل فقد أذن في القطع المطلق وقيده بهذا
القيد فأوجده بقيد آخر فيضمن تفاوت ما بين القطعين والأصح الأول
لأن القطع المأذون فيه لم يفعله وما فعله مضمون لأنه منهي عنه وكلما
نهي عنه من التصرفات في مال الغير فإنه يستعقب الضمان قال وكذا
ولا يستحق الأجر حتى يسلمه مفروغا فلو تلفت العين من غير تفريط بعد العمل
لم يستحق على إشكال أقول من حيث إنها معاوضة تقتضي حصول العوضين
معا ولم يحصل أحدهما فلا يحصل الآخر ومن حيث إنه استأجر على العمل وقد
عمل والأقوى الأول قال وكذا ولو أخذ البراءة ففي الضمان إشكال
أقول إذا قطع سلعة صبي أو بالغ بإذن الولي أو البالغ مما يحصل من سرايته
القطع قبله فهل يتوجه الأثر في عدم ضمانه أم لا قال المصنف فيه إشكال ومنشأه
من أن الإبراء إنما يجب لا يصح ومن أنه للضرورة ولقول أمير المؤمنين عليه السلم
من تطبب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه وإلا فهو ضامن قال وكذا
ولو سلم إلى الموجر وقال إنه قفيز وكذب فتلفت الدابة بالحمل ضمن النصف ويحتمل
بالنسبة أقول إذا استأجره لحمل قفيز إلى مكان معين بأجرة
معلومة ثم سلم إليه المستأجر قفيزا وقال له إنه قفيز وكذب في إخباره
وكان الموضوع قفيزين مثلا وتلفت الدابة بالحمل احتمل ضمان النصف

واحتمل التقسيط على الاصل والزيادة ووجه الاول ان التلف حصل من تعزير
ومباشرة الموجر لا انها ملتفت بسبب مضمون وغيره فكان كما لو جرح نفسه جراحات
وجرحه غيره جراحة واحدة او بالعكس ووجه الثاني ان كل تقييد موثر في التلف
مثل الاخر فقسمت القيمة على الجميع لا تساع ان يحصل اثنان موثران مضعف
ناشئ الواحد مقطعا في مقابلة الواحد بخلاف الجراحات التي لا تنضبط نكاياتها
قال دام ظله ولو استاجره للقصاص ثم عفا سقط القصاص وله اجرة فان اتفق
الاجير مع العلم ضرب المعصة فيتعين الضمان على المستاجر ان يمكن من الاعلام والا
فاشكال اقول منشاه من المباشرة والغرور وايضا المستاجر يوجد منه الاذن لا
بتجاوز للقصاص والعفو وعدم الاعلام والا ولان مباحان والتاثير عند
مقدوريه فلا يكلف به لاستحالة تكليف ما لا يطاق واذا كان السبب مباحا تعين
التكليف باصل الشرع لا تعقب الضمان والموجر فعل القتل وهو مباح له لاستحالة
تكليف الغافل لكن هذه الاباحة حصلت للجهل والغفلة لا باصل الشرع ومثل
هذه لا تسقط الضمان في قتل المعصوم الدم بخلاف اباحة اسباب المستاجر فانها
اباحة اصلية شرعية فكان الموجر اقوى ومن ان هذه الاباحة في الحقيقة تستند الى
المستاجر وهو علتها فكان اقوى من المباشر لان فعله اقوى وهو الصحيح قال
دام ظله ولو اختلفا في المدة فقال اجرتك سنة بدينار فقال بل سنتين بدينارين
فالقول قول المالك مع يمينه ولو قال بل سنتين بدينار فهنا قد اختلفا في قدر العوض
والمدة فالاقرب التحالف فاذا تحالفا فان لم يمض شي من المدة فسخا العقد ورجع كل
منهما في ماله وان مضى احدهما على حلف عليه للاخر اقرا لعقد وان كان بعد المدة او
شي منها سقط المسمى ووجب اجرة المثل ما لم يرد على ما ادعاه المالك او ينقص عما ادعاه
المستاجر ويحتمل مع التحالف استحقاق المنافع سنة بالنسبة من الدينار اقول
وجه القرب ان كل واحد منهما مدع منكر ويحتمل تقديم المالك لان المستاجر قد
اقر باستحقاق الدينار وهو يدعي كونه في مقابلة سنتين واستحقاق السنة
الزائدة والمالك ينفيها فكان القول قوله مع اليمين وهذا قول ابن ادريس وقال
الشيخ في باب المزارعة يستعمل القرعة ووجه احتمال استحقاق المنافع سنة
بالنسبة من الدينار اتفاقهما على استحقاق المستاجر منافع السنة والمالك يدعي
الزيادة على السنة من الدينار واوالا العقد على اسقط جائز والقول قول المنكر مع
اليمين فلذلك حكمنا على الاجر باستحقاق المستاجر المنافع سنة وعدم ثبوت
الزيادة

الزيادة على نسبتها من الدينار قال دام ظله ولو اختلفا في وقت الهلاك او الاباق
او المرض فالقول قول المستاجر لان الاصل مع عدم العمل ان قدر به وقلنا عليك بالعمل
والا فاشكال وان قدر بالزمان فيقدم قول المالك اقول على القول بان الموجر يملك
الاجرة ملكا تاما مستقرا بتسليم العين الموضوعة للعمل لا بمجرد العمل لكن له مدخل
في تملك الاجرة لاستقرار التمليك باستيفائه اذا اختلف المتواجران في وقت الهلاك فقال
المستاجر ان الهلاك في وقت كذا وهو قبل العمل او قبل القبض وقال الموجر بل في وقت
كذا وهو بعدها احتمل تقديم قول المستاجر لان الاصل عدم العمل ولانه ينكر
وجوب العوض ولم يعترف بوجوب حسبية لتام ويحتمل تقديم قول الموجر وهو مالك
العين او النائب لان المستاجر يدعي تقدم الهلاك او الاباق على القبض والاصل
قال دام ظله ولو قال امرتك بقطعه قباء فقال بل قميصا فقدم قول المالك على راي
اقول هذا اختيار الشيخ في كتاب الاجارة من الخلاف وابن ادريس لانه لا اصل
عدم الاذن الذي يدعيه الخياط ولانه احدث فيه نقصا وهو يدعي انه ماذون فيه
والاصل عدمه ولانهما لو اختلفا في اصل الاذن كان القول قول المالك وكذا
اذا اختلفا في صفته لان عدم الموصوف علة لعدم الصفة وقال الشيخ في كتاب
الوكالة من الخلاف القول قول الخياط لان الاصل عدم تفريطه والاصح الاول
قال دام ظله ولو كانت الخيوط للخياط فهي له وله نزعها انظر اقربه ذلك اقول مبني هذه
المسئلة ان الخيوط على الخياط مع استيجاره للخياطة مطلقا وقد تقدم الكلام فيها
وعند المصنف تقديم قول المالك وتبقى الاجرة عنه والخيوط تتبع للاجرة على
هذا التقدير بحيث لا اجرة لا يملك مالك الخيوط وكان للخياط اخذها وهذا هو
الاقرب عند المصنف والاصح عندي ويحتمل ضعيفا منعه لانه لو نزعها سحبه يعيبه
للمالك والاجر مستحقة له والمالك ظالم في منعه الاجرة فلا يقابل الظلم بالظلم
وليس بجيد لان اخذ العوضين اذا امتنع من هو عليه استحق احد الاخر فلما
حلف المالك تعين اخذ الاجرة فانه يتبع في الخيوط قال دام ظله ولو قال
اجرتك كل شهر بدرهم من غير تعيين فقال بل سنة بدينار ففي تقديم قول المستاجر
نظر اقول منشاه انه يدعي الصحة والمالك يدعي البطلان فيقدم قول
مدعي الصحة واصالة عدم اجارة سنة والاصل في ذلك انه اذا ادعى
مدعي الصحة الصحة زيادة تتضمنها والاصل عدمها هل يكون القول قوله لاطلاق

للاصحاب لم لا لاصالة العدم بالاولى الثاني فيتعارضان فيقدم قول نافي الزيادة
وانما نقدم قول مدعي الصحة قطعا فيما لم تشتمل الصحة على زيادة كما اذا ادعى احدهما
الاجارة كل شهر بدينار وادعى الآخر اجارة شهر واحد معين بدينار قال دام
ظله فان قدمنا قول المالك فالاقوى صحة العقد في الشهر الاول هنا اقول هذا
اذا كان فيه هذا الشهر درهما وحجة القوة اتفاقهما على وقوع الاجارة في الشهر
الاول بدرهم لكن احدهما يدعي وقوعه على وجه مبطل والآخر يدعي وقوعه على وجه
يصح وكان القول قول الآخر ويحتمل ضعيفا البطلان لانه مقتضى قول المالك وقد
قدمناه كما تقدم والاصح عندي الاول لا يقال انهما لم يتفقا على صحة الاجارة
في الشهر الاول بل انما تصح على قول المستاجر وتبطل على قول الموجر والقطع بثبوت الشهر
الاول لا وجه له لانا نقول هذا الكلام لا وجه له والغلط فيه من عدم تحرير
البحث فان البحث انما هو فيما اذا اتفقا على عقد وعلى تناوله شيئا معينا ولو معنا
من زمان او عين ثم اختلفا في صحة العقد وبطلانه فان اشتمل دعوى الصحة على
زيادة الاصل عدمها وكان المتفق عليه كل المراد كان القول قول مدعي الصحة
اجماعا وان اشتملت على زيادة الاصل عدمها وكان المتفق بعض المراد ففيه
البحث فالمسألة الاولى تقدمت وهذه المسألة الثانية فتحمل الصحة فيما اتفقا
عليه لا في الزيادة بمعنى تقديم قول مدعي الصحة فيه لوجود المقتضي وهو اتفاقهما
على وقوع عقد وعلى تناوله للشهر الاول وعدم المانع فيه لان نفي الزيادة التي يدعيها
لا يقتضي البطلان فيه ويحتمل تقديم قول المالك في نفي العقد المقتضي لذلك لانه منكر
وسبب الاشتباه انهم قالوا بتقديم قول مدعي الصحة فيما اتفقا على تناول العقد اياه
فتوهم قولهم اتفقا على صحته قال دام ظله وكذا الاشكال في تقديم قول المستاجر
لو ادعى اجرة مدة معلومة او عوضا معينا وانكر المالك التعيين فيهما والاقوى
التقديم فيما لم يتضمن دعوى اقول وجه القوة انه مع تضمن الدعوى الزيادة يكون
على خلاف الاصل ويكون الآخر منكرا فيلزم من تقديم قول المستاجر تقديم
المرجوح وهو خلاف الاصل على الراجح وهو باطل ويحمل التقديم مطلقا للعموم
الاصل المقدم وهو تقديم مدعي الصحة **الثاني** في المزارعة **قال**
دام ظله ولا بد فيها من ايجاب كقوله زارعتك او عاملتك او ازرع هذه
الارض على اشكال **اقول** من حيث ان الثاني لم يصح للانشاء لانه
صيغة

صيغة الماضي وهو دال على المقصود والجواز يحمل العوض وللعمل بها اولى وللرواية
الحسن بن محبوب عن خالد بن جرير عن ابي الربيع الشامي عن ابي عبد الله عليه السلام انه سئل
عن رجل يزرع ارض رجل فيشترط عليه ثلثا للبذر وثلثا للبقر فقال لا ينبغي
ان يسمي بذرا ولا بقرا ولكن يقول لصاحب الارض ازرع لي ارضك ولك منها
كذا وكذا نصفا او ثلثا او ما كان من شرط الحديث فاذا جاز القبول بهذه الصيغة
فجواز الايجاب بالامر اولى وعن الحسين بن سعيد عن النضر بن سويد عن عبد الله
بن سنان انه قال في الرجل يزارع ارض غيره فيقول ثلث للبقر وثلث للبذر
فقال لا يسمي شيئا من الحب والبقر ولكن يقول ازرع لي فيها كذا وكذا ان
شئت نصفا وان شئت ثلثا والاصح انه لا يصح الا بلفظ الماضي وكذا في كل
عقد لازم **قال** دام ظله ولو شرط مدة يدرك فيها الزرع قطعا او ظنا
صح ولو علم القصور فاشكال **اقول** ينشأ من امتناع المنفعة المقصودة
من العقد التي هي شرط ومن وجوب الابقاء الا انه زرع بحق والاقوى بطلان العقد
قال دام ظله ولو ذكر مدة يظن الادراك فيها فلم يحصل فالاقرب ان للمالك
الازالة مع الارش او التبقية بالاجرة سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتاخير
او من قبل الله تعالى كتغير الاهوية وتاخر المياه **اقول** وجه القرب ان التصرف
في ملك الغير بغير اذنه قبيح عقلا والاذن انما تناول ما بعد المدة المشروطة
فلا يجبر على التبقية ويحتمل الوجوب لاذنه في الشروع مع ان القلع ضرر وقال
عليه السلام لا ضرر ولا اضرار ولانه ليس بعرق ظالم **قال** دام ظله ولو شرط
في العقد تاخيره عن المدة ان بقي بعدها فالاقرب البطلان **اقول** وجه القرب
انه يقتضي جهالة المدة ولان الشرط جزء من احد العوضين فيجهل بتجهيله ومن
حيث انه قد شرط ما يقتضيه ان قلنا انه مع الاطلاق تجب التبقية ولاصالة
الجواز والاصح الاول **قال** دام ظله ولو شرط ان يكون الباقي بعد العشرة
بينهما او شرط اخراج البذر اولا والباقي بينهما بطل على اشكال **اقول** اما
الاشكال في الاولى فينشأ من قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم
ومن انه يمكن ان لا يخرج الا ذلك القدر فيختص الحاصل باحدهما وهو غير

جاز لجهالة واذا تساوى احتمال الصحة واحتمال البطلان بطل العقد والاصح
عندي البطلان واما الاشكال في المسألة الثالثة وهو البذر فمنشاؤه من
اختلاف الاصحاب فجوّزه الشيخ وابن ادريس ومنعه كثير من الاصحاب وهو الاصح
عندي لما قلناه **قال** دام ظله ولو شرط احدهما على الآخر شيئاً يضمنه له
من غير الحاصل مضافاً الى الحصة صح على رأي **اقول** هذا اختيار الشيخ
الطوسي وقيل بالمنع والاول اقوى للاصل **قال** دام ظله وفي صحة كون البذر
من ثالث نظر وكذا لو كان البذر من ثالث والعوامل من رابع **اقول** منشأه من
اصالة الصحة ومن عدم وروده في الشرع والاسباب متلقاة من الشرع **قال**
دام ظله والاطلاق يقتضي كون البذر على العامل ويحتمل البطلان **اقول**
الوجه الاول انه الغالب من عادة المزارع وعند الاطلاق يحمل على الغالب ولقول
ابي عبد الله عليه السلام لما سئل عن المزارع النفقة منك والارض لصاحبها
والجواب ان المعرف الجلي بلام الجنس لا يفيد العموم ووجه البطلان صحة كونه من
كل منهما فيكون القسم منهما الى العام ولا دلالة له على الخاص فيبطل وهو الاصح عندي
قال دام ظله فلو تلف بآفة سماوية او ارضية او نقص لم يكن عليه شيء ولو زاد
فالبحث على اشكال **اقول** قال الشيخ في النهاية ومن زارع ارضاً على ثلث
او ربع وبلغت الغلة جاز لصاحب الارض ان يخرص عليه الغلة ثمرة كانت او غيرها
فان رضي المزارع بما خرص اخذها كان عليه حصة صاحب الارض سواء نقص الخرص
او زاد وكان له الباقي وان هلكت الغلة بعد الخرص بآفة سماوية لم يكن عليه
للمزارع شيء واعترضه ابن ادريس بانه ان كان بيعاً فهو حرام لانه باطل وان كان صلحاً
فان كان من عين الثمرة بطل للغرر وان كان في ذمة العامل لم يسقط شيء بالهلاك
بآفة سماوية وغيرها واحتج الشيخ برواية يعقوب بن شعيب الصحيحة قال سألت
ابا عبد الله عليه السلام عن المزارعة فقال النفقة منك والارض لصاحبها فما اخرج
الله من شيء قسم على الشرط وكذلك قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر قوماً
اتوه فاعطاهم اياها على ان يعمروها على ان لهم نصف ما اخرجت فلما
بلغ الثمر امر عبد الله بن رواحة فخرص النخل فلما فرغ منه خيرهم فقال قد
خرصنا

خرصنا هذا النخل بكذا صاعاً فان شئتم فخذوه وردوا علينا نصف ذلك وان
شئتم اخذناه واعطيناكم نصف ذلك فقالت اليهود بهذا قامت السموات والارض
وليس بيع بل هو تقبل وصلح وجاز مع الجهل لان مبنى عقد المزارعة على الجهالة ولم
تشترط فيه فمنشأ الاشكال الذي ذكره المصنف من هذا فانه لو لم تكن اباحة
لم يكن فيه فائدة ان لم نقل بقول الشيخ على الشيوع والاصح انه اباحة فلا يحتاج الى عقد
جديد او اباحة جديدة ويحتمل الحاجة الى اباحة جديدة لان العقود الفاسدة
لا يحصل منها الا الاباحة **قال** دام ظله ولو كان في الارض نخل وبينه بياض فساقاه
على النخل وزارعه على الارض جاز وهل يكون بلفظ المساقاة مع قصد الزرع
والسقي اشكال ينشأ من احتياج المزارعة الى السقي **اقول** ومن حيث ان
الشارع وضع لكل منهما لفظاً خاصاً والاصح انه لا يصح **قال** دام ظله ويقدم
قول المنكر لزيادة المدة مع يمينه وقول صاحب البذر في قدر الحصة ولو اقاما
بينة احتمل تقديم بينة الآخر وقيل القرعة **اقول** وجه الاحتمال الاول انه
الخارج ولانه كلما كان القول قوله كانت البينة بينة الآخر وحيث القول قول
المالك فالبينة بينة الآخر لانه يدعي خلاف الظاهر وخلاف الاصل ولو ترك الحصة
لترك وقيل بالقرعة واختاره الشيخ في بعض كتبه لان الترجيح هنا مانع للعمل شرعي
وتساويهما ولا ترجيح **المقصد الثالث في المساقاة وفيه فصول الاول** في
اركانها **قال** دام ظله ولو قال استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط بمدة كذا
بنصف حاصله لم يصح على اشكال ينشأ من اشتراط العلم بالاجرة اذا قصد بلفظ
اذا تجوّز بلفظها عن غيرها فلا **اقول** مراد المصنف ان العاقد قصد بلفظ
الاجارة هنا المساقاة مجازاً فانه لو قصد الاجارة بطل قطعاً لجهالة العوض
فالاشكال هنا في انه هل يصح عقد المساقاة بلفظ الاجارة مجازاً او بنيتها
من حيث ان التيقن في الاستعمال بالعقود الالفاظ التي وضعها الشارع فلا
اعتبار بالمجاز حينئذ لانه لم يكتف بقصد المعنى بأي لفظ اتفق بل اعتبر اللفظ
الذي وضعه ومن اصالة الصحة وعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود ووجه
التجوز المشابهة بين العقدين في ان كل واحد منهما يشتمل على العمل وهو
المقصود والاصح عندي انه لا يصح لان كل لفظ هو صريح في عقد خاص

لا فى غيره اذا اطلق ان امكن سقيه فى موضع صحّ فيه والا بطل قال دام
ظله وفى المساقاة على ما لا ثمر له اذا قصد ورقه كالتوت والحناء اشكال
اقربه الجواز وكذا ما يقصد زهره كالورد وشبهه اقول وجه القرب ان معنى
الثمر موجود فيه وان اللفظ تابع للمعنى ويحتمل عدمه للنص على ان المساقاة
على شجر له ثمرة ولا يسمى هذا ثمرة لغة ولا عرفا ولانه يدخل فى تبع الاصل بالاصالة
ولا شىء من الثمرة كذلك والاصح الاول ايضا قال دام ظله ولو ظهرت ولم
تكمل فهو مشكل والاقرب الاول ايضا اقول وجه القرب انه انما شرط
العلم بمدة معينة للجهل بعدها ولانه لو وجب لم يشترط تعيين المدة فى المساقاة
لكن التالى باطل لانها معاملة على شىء يفتقر الى اجل فلا بد من ضبطه والمقدم
مثله والملازمة ظاهرة ويحتمل الوجوب لانه انما يستحق العامل الحصة
بتمام العمل وكمال الثمرة والاصح الاول قال دام ظله ولو قدّر بالثمرة فاشكال
اقول ذهب ابن الجنيد الى الجواز لما رواه يعقوب بن شعيب فى الصحيح عن الصادق
عليه السلم قال سألته عن الرجل يعطى الرجل ارضه فيها الرمان والنخل والفاكهة
فيقول اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما اخرج قال لا بأس ولان المقصود من هذا
العقد الثمرة ألا ترى انه اذا اقّت بزمان معين فان الشرط ان تعلم او يظن
ادراكها فيه ولانه لا يؤدى الى النزاع والمشهور اشتراط تعيين الاجل وهو الاصح
للنهى عن الغرر قال دام ظله والكش للتلقيح على رأى اقول ذهب الشيخ
فى المبسوط الى ان الكش على صاحب النخل لانه عين مال ولا شىء من عين المال يجب
على العامل لانه به يتم نماء الثمرة وصلاحها وعمله مما لا يتم الواجب الا به واجب
والاصح الاول قال دام ظله ولو شرط ان يكون عمل الغلام لخاص العامل
فالاقرب الجواز اقول وجه القرب عموم قوله عليه السلم المؤمنون عند شروطهم
لانه فى الحقيقة شرط للحصة فى مقابلة بعض العمل وهو جائز ويحتمل عدمه
لانه شرط العوض على عمل غيره والاصح الاول قال دام ظله اما لو شرط
العامل ان يستأجر اجيرا على المالك فى جميع العمل ولم يبق للعامل الا الا
ستعمال ففى الجواز اشكال اقول ينشأ من ان الاستعمال نوع من العمل
فجاز ان يأخذ الحصة عليه ومن انه ليس بعمل فى العرف والاصح البطلان
لانه

لانه وقف بين العمل والقول ولا يعد الاستعمال عملا فى المساقاة ولان
الواقعة فى زمن النبى عليه السلم ليس على هذه الصورة بل على فعل متقوم قال
دام ظله ولو شرط مع الحصة من الثمرة جاز على الاصل على اشكال اقول
ينشأ من ان المساقاة معاملة على جزء من الثمرة فى مقابلة العمل فلا يتعدى الى الاصل
ولانه يجعل العوض العمل فى كل النخل ولانه ان يصل الى كل معلوم العمل وليس هنا [illegible]
عموم قوله عليه السلم المؤمنون عند شروطهم والاصح الاول قال دام ظله
ولو شرط المالك على العامل شيئا من ذهب او فضة مع الحصة كان مكروها ويجب
الوفاء ما لم تتلف الثمرة او لم تخرج فيسقط وفى تلف البعض او قصور الخروج اشكال
اقول ينشأ من سقوطه بتلف الكل ووجوب الكل لحصول الجميع بتمامه فتقابل
المجموع بالمجموع فيكون الاجزاء فى مقابلة الاجزاء ومن عدم تقديره فلا يسقط
الاجزاء على الاجزاء لان المجموع غير مضبوط قال دام ظله ولو قال ساقيتك
على ان لك النصف من الثمرة وان ازرعه عن حصته وفى العكس اشكال اقول ينشأ
[illegible]
من دلالة المفهوم هنا عرفا على القول بها ومن ان دلالة المفهوم ضعيف
على القول بها ذكره بعض العام لانه لا يدل على التخصيص ودلالة المفهوم
والاصح انها ليست بحجة والاصح البطلان قال دام ظله ولو ساقاه
على احدهما بعينه بالنصف على ان يساقيه على الاخر بالثلث صحّ على رأى اقول
ذهب الشيخ فى المبسوط الى بطلانه وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد وجوّزه الشيخ
فى موضع اخر من المبسوط وهو الحق للاصل ولان هذا اشتراط مشروع فاشتراطه سائغ
قال دام ظله ولو لم يشهد لم يرجع وان نوى على اشكال اقول ينشأ من
ان الدافع تبرع بالاشهاد ولم يحصل وبين ان الاشهاد لاظهار نية الرجوع عند الدفع
وسبب الرجوع هو النية لانها بها يندفع التبرع لا باظهارها فغايته هو
الاثبات والتحقيق ان الاشهاد هل هو شرط فى الرجوع نفسه كاذن الحاكم
مع وجوده وامكانه او ان السبب هو النية وقته فيقبل قوله لا بحدة والاشهاد
لاثباتها واظهارها خاصة وكلام الاصحاب يحتمل لهما وكذا الروايات فعلى
الاول لا رجوع وعلى الثانى يرجع والاصح الاول قال دام ظله ولو ثبتت الخيانة
فالاقرب انه لا ترفع يده عن حصته اقول وجه القرب ان الخيانة انما توجب رفع
اليد عن مال الغير لا عن ماله نفسه ويحتمل رفع يده مطلقا لعموم النص ولانه

لايتم الدفع عن مال المالك الا بها اذ كل جزء معين نعرض فلمالك فيه حصة
وما لايتم الواجب الا به فهو واجب والمطلق من حيث هو لا وجود له فى
الخارج الا فى المستحق المعين واثبات اليد انما هو على الموجود فى الخارج والاصح
الاول **قال** دام ظله ولو لم يمكن حفظه مع الحافظ فالاقرب دفع يده
عن الثمرة والزامه باجرة عامل **اقول** الاقرب لوجوب حفظ مال الغير المالك
ووجوب العمل لايتم الا بذلك ومن حيث تضمن المساقاة العمل لا الاستيجار
ويحتمل تسلط المالك على فسخ المساقاة ان لم يثبت احد فى العمل تبرعا او باجرة مع
عدم تعينه ومطلقا مع تعينه لتعذر العمل منه حينئذ والاصح الاول ۞

المقصد الرابع فى الشركة وفيه فصلان **الاول** الماهية **مقدمة** لفظ
الشركة يطلق على معان اربعة **آ** شركة العنان وهى اجتماع حقوق الملاك
بالفعل فى الشئ الواحد على سبيل الاشاعة **ب** شركة الابدان وهى عقد لفظى
يدل على تراضيهما واتفاقهما على اشتراكهما فى كسب الاعمال التى تصدر منهما
على قدر الشرط كاشتراك الدلالين والحمالين وارباب الصنائع فى اجر الاعمال
وعوضها وما يحصل بها من ربح نخرج من مال اعمال اروس الجنايات على الابدان و
اتفقت الامامية بغير ابن الجنيد على بطلانها فاما ان تمیز عمل كل منهما او لا فان
كان الاول فلكل كسب عمله وان كان الثانى فالحاصل مقسوم على قدر اجرة
المثل لا الشرط **ج** شركة المفاوضة وهى عقد لفظى يدل على اتفاقهما على
اشتراكهما فى كل غنم وغرم يحدث لهما وعليهما الا الجناية على الحر وبذل الخلع
والصداق بان يقولا اشتركنا شركة المفاوضة او تفاوضنا او يوجب احدهما
بهذا اللفظ ويقبل الاخر واتفقت الامامية على بطلانها **د** شركة الوجوه
فقيل هى ان يشترك وجيهان عند الناس فيبتاع كل منهما فى الذمة الى اجل على
ان ما يبتاعه كل واحد بانفراده يكون بينهما ثم يبيع كل منهما ما اشتراه ويؤدى
منه الثمن فما فضل كان بينهما وقيل ان يبتاع وجيه فى الذمة ويفوض بيعه الى
خامل والربح بينهما وقيل ان يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال فيكون
العمل من الوجيه والمال من الخامل وهو فى يد الخامل لا يسلمه الى الوجيه ويكون
الربح بينهما وقيل ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له
واتفقت الامامية بغير ابن الجنيد على بطلانها بجميع معانيها والضابط
انه

انّه كلّما لم يحصل الامتزاج او حكمه الرافع للامتياز فى غير القراض لم يحصل الشركة
قال دام ظله واذا تميز عمل الصانع من صاحبه اختص باجرته ومع الاشتباه
يحتمل التساوى والصلح **اقول** وجه الاول اصالة عدم التفاضل ووجه
الثانى ان التساوى اتفاقى لعدم العلم بسببه فلا نحكم به ولا بالتفاضل لعدم
العلم بوجود سببه فان لكل ذى مبدأ انما نحكم بوجوده مع العلم بوجود مبدأه
وتساوى القوى والحركات الصادرة عنها الافعال وتفاوتها غير معلوم
وكذا لا نعلم تساوى القيم فتعين الصلح وهو الاصح **الفصل الثانى**
فى الاحكام **قال** دام ظله ولو شرطا التفاوت مع تساوى المالين او التساوى
مع تفاوته فالاقرب جوازه ان عملا او احدهما سواء شرطت الزيادة له او للاخر
وقيل يبطل الا ان يشترط الزيادة للعامل **اقول** للاصحاب اقوال ثلثة
الاول صحة الشركة والشرط وهو قول المرتضى والظاهر من كلام ابن الجنيد
وحكى رحمهما الله **الثانى** بطلانهما وهو قول الشيخ فى المبسوط وابن ادريس **الثالث**
صحة الشركة وعدم لزوم الشرط وبه قال ابو الصلاح فانه قال يكون الحصة للزيادة
احتج المرتضى بقوله تعالى اوفوا بالعقود وهما اجراها على ما وقعت عليه وقوله
تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والتراضى انما وقع على ما شرطناه
فلا يسوغ غيره ونقل المرتضى ايضا اجماع الفرقة والاجماع المنقول بخبر الواحد
حجة **احتج** الشيخ بوقوع الاجماع على صحة الشركة مع تقسيط الربح على قدر
رأس المال وليس على جواز خلافه دليل وان الشركة ليست عقدا فى الحقيقة
لوقوعها بدونه والعادة عقد فلا تسمع بحث للاية فلا يملك الربح الا ما
تبعيته لرأس المال او للعمل اذ لا عقد هنا اذ لا اجارة ولا مضاربة ولا غير هما
سوى الشركة وليست عقدا ولا تعقد بالاسباب لا سقاطه وجود السبب
بدون المسبب ومجرد القول غير لازم والاصح عندى قول المصنف وتتفرع
على هذا فروع **آ** اذا كان لاحدهما عمل دون صاحبه وشرط له مزيد ربح تركب العقد
من شركة وقراض واختصاص القراض باختصاص العامل بالعمل فى تملك
المالك انما هو فى القراض المنفرد عن الشركة لا المشترك معها **ب**
على القول ببطلان الشركة والشرط مع تساوى المالين واختلافهما فى
قدر الربح بالشرط او اختصاص احدهما بالعمل مع تساويهما فى الربح او انفراد

عن العامل به او بالتجارة يرجع العامل بالاجرة ح شركة العنان لا توصف
بالصحة والبطلان بل المراد هم بالشركة الموصوفة بهما اذن كل واحد في
التصرف في كل المال للآخر مجازا قال دام ظله وهل يفتقر المجيز في تملك
المباح الى نية التملك اشكال اقول منشأه استحالة تخلف المعلول عن العلة
وانفكاك الملك عن الاستيلاء فيها وحقق في حقوق الشركة تدل على عدم سببية
الاستيلاء بانفراده ويتخيل كون المعرف اعم وجواز الشهادة بالملك
بالتصرف الذي هو الاستيلاء مع عدم العلم بالنية اذ الافعال الارادية تدل
على الارادة لها لا على التخصيص باحد الوجوه مع استحالة الحكم بالمعلول مع
الجهل بوجود العلة يدل على سببية الاستيلاء وبالاول قال الشيخ الطوسي ره
رحمه الله في باب احياء الموات من المبسوط وقال في باب الشركة انصافه بالثاني والا
الاقوى اولى دليلـ على ذلك انه لو لم يملكها الا بالنية لم يصح بيعه قبلها
بل يكون استيفاء الكل اللازم باطل فالملزوم مثله واجاب بان
ارادة البيع والقرض تستلزم نية التملك الفصل الخامس في القراض وفيه
فصول ثلاثة الاول في اركانه وهي خمسة الاول العقد قال دام ظله
ولو شرط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد مثل ان شرط ضمان المال او
سهما من الخسران او لزوم المضاربة او لا يبيع الا برأس المال او اقل اقول لان
بطلان الشرط يستلزم بطلان المشروط ولو انه عقد مع شرط فلما الرضى
انما وقع على هذا الوجه لا بدونه وهو الاصح كالبيع قال دام ظله ولو شرط
على العامل المضاربة في مال آخر او يأخذ منه بضاعة او قرضا او يخدمه في شيء
بعينه فالوجه صحة الشروط اقول لعموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم
ولانه غير مناف للمشروع ولا للعقد وقال الشيخ في المبسوط يبطل في شرط البضاعة
لان العامل في القراض لا يعمل عملا بغير جعل ولا قسط من الربح واذا بطل
الشرط بطل القراض ولان قسط العامل يكون مجهولا لان المالك انما جعل
العوض بشرط ان يعمل له عملا مجانا فينقص من حصة العامل قدر ما يزيد فيه
لاجل البضاعة وهو مجهول ثم قال رحمه الله ولو قلنا القراض صحيح والشرط
جائز لكنه لا يلزم الوفاء به لان البضاعة لا يلزم القيام بها كان قويا وقال
ابن البراج القرض والشرط فاسدان والاصح الاول الثاني المتعاقدان
قال

قال دام ظله ولو ضارب بغير اذنه بطل الثاني فان لم يربح وتلف شيء منه رده
على المالك ولا شيء له ولا عليه وان تلف في يد الثاني شيء منهما فان طالب
الاول المالك ولا شيء له ولا عليه رجع على الثاني مع علمه لاستقرار التلف
في يده وكذا مع عدم علمه على اشكال ينشأ من الغرور اقول ومن
ان القراض لا يستعقب الضمان للمالك من غير تفريط ولا تعد بالنسبة الى
الدافع والاصح استقرار الضمان على الدافع قال دام ظله وان طالب
الثاني رجع على الاول مع جهله على اشكال اقول ينشأ من الغرور ولان
المباشر مع الجهل فيما لا يضمن للمالك لو كان هو الدافع لا يضمن بل الدافع له كما
لو قدم الى المالك طعامه ليأكله ومن ان التلف في يده والاصح الاول قال
دام ظله وان ربح فللمالك خاصة وفي رجوع الثاني على الاول باجرة المثل
احتمال اقول وجه الاحتمال انه عمل غير متبرع به ولم يحصل العوض مع
اشتراطه من الآمر على تقديره وقد حصل فعليه اجرة المثل ويحتمل عدمه لقول
الاصحاب ولان القراض موضوع على انه ان لم يحصل الربح فلا شيء له وهنا الربح
في حكم المعدوم والاصح وجوب الاجرة قال دام ظله ولو قيل ان كان
الثاني عالما بالحال لم يستحق شيئا وان جهل فله اجرة المثل على الاول كان
وجها اقول وجه ذلك انه مع كونه عالما بالحال فلانه رضي بانه لا شيء له في
مقابلة العمل على العامل فكان متبرعا بالنسبة اليه وقد رضي بان يكون من ربح
مال الغير بغير اذن شرعي فكان كالمتبرع بالنسبة اليه فلا شيء له عليه
فاما مع الجهل فلان عمل المسلم ومنافعه محترمة وهذا غير متبرع به وهو
مغرور فكانت اجرته على الآمر وهذا هو الصحيح عندي قال دام
ظله ويحتمل عدم لزوم الشراء ان كان بالعين وان كان في الذمة احتمل واختصاص
اختصاص الثاني بربح القسمة بينه وبين العامل الاول في النصف والاخر
المالك بالنصف للآخر ان كان للاول شرط على الثاني ان للمالك النصف
بينهما اقول وجه هذا الاحتمال وهو التفصيل ظاهر للنص على ان من
اشترى بعين مال غيره بغير اذنه لم يلزم الشراء وهنا كذلك اذ المالك
لم يأذن للثاني وعقد المضاربة اذا اقتضى الاذن للعامل في الاستنابة
في البيع والشراء انما هو في الاستنابة المجردة عن عقد مضاربة اخرى
ولا يتناول النهي في مضاربة اخرى لحدوث الدلالات فدخل تحت العموم

وللعموم النص ايضا على انه اذا اشترى في الذمة ولم يذكر احدا وقع له ووجه
الثاني انه اشترى للمضاربة بنيته فيقع الشراء لها ولو حصل ربح فللعامل
ما شرط لنفسه وكذا لكل واحد من العاملين ولم يحتج الى ذكر حكم
الربح اذا كان الشراء بالعين لانه ان اجاز المالك ملك السلعة وكذا
والا بطل البيع فلا يملك الربح وقال الشيخ في المبسوط اذا قارض المقارض
آخر على ان ما رزق الله من ربح كان بينهما نصفين لم يستحق الربح
هذه المسألة تبنى على مسألة الغاصب من ربح الغاصب لرب المال كان لرب
المال هنا النصف لانه لا يستحق اكثر مما شرط لنفسه والنصف الآخر بين
العاملين نصفان وهل يرجع الثاني على الاول بنصف الاجرة فيه وجهان
والقائلون بان ربح الغاصب كله لنفسه اختلفوا في الربح هنا فقال بعضهم
الربح كله للعامل الاول وللثاني عليه اجرة المثل وقال بعضهم الربح
كله للعامل الثاني لا حق للاول فيه لانه غاصب قال والاول اقوى
لان الثاني اشترى للاول بالنية فيقع له لاذنه وتعاقد الغصب لان
الغاصب اشترى لنفسه وللثاني الاجرة على الاول لانه لم يسلم له ما شرط
فعلى هذا لا شيء لرب المال في الربح ولا وجه لهذا آخر كلامه قال
دام ظله ولو شرط المريض للعامل ما يزيد عن اجرة المثل لم يحتسب الزائد
من الثلث على قول وهل المساقاة كذلك اشكال ينشأ من كون النخلة
تثمر بنفسها فهي كالحاصل اقول ومن حيث انها معدومة فلم تخرج من التركة
شيئا ثم جزم المصنف بالاول وهو الاصح قال دام ظله واذا فسد القراض
لفوات شرط نفذت التصرفات وكان الربح باجمعه للمالك وعليه للعامل
اجرة المثل الا اذا فسد بان شرط جميع الربح للمالك ففي استحقاق الاجرة
اشكال ينشأ من رضاه بالسعي مجانا اقول ومن عموم النص بانه اذا
فسد العقد فالربح للمالك وله الاجرة والى هذا ذهب الشيخ رحمه الله
وهو الاصح الثالث رأس المال قال دام ظله وكذا ينفذ لو كان في
البيع وديعة او غصب فيتلف عليه فضاربه المالك والاقرب زوال الضمان
بالعقد ويحتمل بقاؤه الى الاداء عينا عما يشتريه اقول قد مضى مثل
هذه المسألة في الرهن ووجه القرب انه اذن في بقائه في يده ولان
القراض امانة فعقده عقدا صحيحا موجبا لكونه امانة فيصير امانة
لان

[illegible]

لان معنى الصحة ترتب الآثار ولانتفاء علة الضمان اذ لا علة له هنا غير
الغصب وقد زال ووجه الاحتمال الثاني ان القراض غير مناف للضمان
لاجتماعه معه كما في التفريط فلا ينفي وجوده واصالة البقاء ما كان
على ما كان ولقوله عليه السلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وحتى لانتهاء
الغاية فجعل انتهاء غاية الضمان الاداء اما الى المالك او الى من اذن
له والدفع الى البائع ما اذن فيه فيكون غاية وهو المطلوب وان سلمه
الى البائع عما يشترى باجماع المسلمين قال دام ظله ح ان يكون معلوما
فلا يصح على المجهول قدره وفي المشاهد اشكال اقول ذهب الشيخ في
الخلاف الى اشتراط العلم وعدم الاكتفاء بالمشاهدة وقوى في المبسوط
الاكتفاء بها ووجه الاول انه مرجوع اليه عند المفاصلة بالفروع
ولا شيء من المجهول يمكن الرجوع اليه عند المفاصلة ولزم امتناع كون
رأس المال مجهولا ومن حيث ان وضع هذا العقد على الجهالة اذ في حصائله
العلم من الربح المجهول ومن حيث المشاهدة والقدر المخفي هنا والرجوع
ممكن لجواز علم تعذر المضاربة ويكون القول قول العامل مع عدم
البينة ومع تعارضها تقدم بينة المالك لانه تدعي زيادة والاصل عدمها
وقوله في المبسوط والاصح انه لا يصح لانه لو جاز مع جهالة يفضي كل
واحد بالجزئية من الربح لكن التالي باطل وكذا المقدم اما الملازمة
فلان جهالة رأس المال تستلزم جهالة الربح وهو يستلزم جهالة نصيب
كل واحد واما بطلان التالي فاجماعي قال دام ظله فان
جوزناه فالقول قول العامل مع يمينه في قدره اقول على القول
بجواز العقد على المشاهد المجهول القدر يكون القول قول العامل
في القدر لاصالة براءة الذمة من الزائد قال دام ظله ح ان
يكون مسلما في يد العامل فلو شرط المالك ان يكون يده عليه لم يصح
اما لو شرط ان يكون مشاركا في اليد او مراجعة في التصرف او
مراجعة مشرفه فالاقرب الجواز اقول لانه شرط سائغ لا يخالف
الكتاب والسنة اذ للانسان التوثق على ماله بحفظه في يد او يكف

يثق به وقد تستعان في المعاملات بالحذق فيها فلو شرع هذا الشرط
لزم تضرر المالك اما بتسليم ماله الى من لم يثق به واما التجارة وكلاهما
باطل ويحتمل عدمه لانه قد يكون للحذق عند الحاجة او لا باعلامه على انه
فيفوت عليه التصرف للربح ولان القراض موضوع تعيينا وتوسعا الطرق
التجارة وهذا احتمل فيه ضروب من الجهالة فيصان عما يخل به وهذا من
ادلة الحاجة ولفظ المصنف في اثناء التذكرة والاصح الاول **قال** دام ظله
ولو شرط ان يشترى عملا يشتركان في ثمانية كالشجر او الغنم فالاقرب الفساد
لان مقتضى القراض التصرف في رأس المال **اقول** ولانه ليس استرباحا
بالتجارة والقراض استرباح بالتجارة ولانها تحصل بغير عين المال من
غير تصرف العامل ولا شيء من ربح القراض كذلك ويحتمل الجواز لانه حصل
للمالك بسعي العامل نماء متجدد لانه لولا شراؤه لما حصل له والصحيح الاول
لان المضاربة عبارة عن معاوضتين معاوضة الشراء وبها يحصل للمالك
ظهور الربح ومعاوضة البيع وبها يحصل الانضاض والمضاربة تدل على ملك
العامل لهما معا بالمطابقة وعلى كل واحد بالتضمن **قال** دام ظله اما
لو قال على ان لي المنفعة سكت عن حصة العامل بطل على اشكال **اقول** نشأ
من المفهوم عرفا ومن ان ذكر بعض العام لا يقتضي التخصيص وقد تقدم مثل هذه
المسئلة في المساقاة

الفصل الثاني في الاحكام ومطالبه اربعة

الاول العامل **قال** دام ظله فليس له التصرف بالعين ولا بالنسيئة
بيعا ولا شراء الا مع عموم الاذن كافعل ما شئت وخصوصه فان فعل لا معه
وقف على الاجازة والاقرب انه يضمن القيمة لانه لم ينقص بالبيع اكثر منها
ولا يحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها **اقول**
ويحتمل انه يضمن الثمن وهو اختيار المصنف في التذكرة والفقهاء لانه ثبت بالبيع
الصحيح وملكه صاحب السلعة وقد فات بتفريط البائع هذا لفظ
المصنف والاصح الاول **قال** دام ظله وليس له ان يبيع بدون ثمن
المثل ولا يشتري باكثر منه مع الاستغناء بالناقص به وان خالف احتمل
بطلان

بطلان البيع وضمان النقص وصحته مع البطلان لو تعذر الرد ضمن النقص **اقول**
لما كان الغرض الذاتي من القراض تحصيل الربح والفائدة وجب ان يكون تصرف
العامل مقصورا على ما يحصل هذه الغاية الغائية وان يمنع من التصرف المؤدي الى
ما ينافيها فمن ثم بطل بيعه باقل من ثمن المثل لمنافاته للاسترباح والمذهب
في المبسوط والخلاف ويحتمل الصحة لطلوع الاذن والقرب يجبر بضمان النقص في
الاصح انه يقف على الاجازة ويضمن النقص وللمالك مطالبته به او بنقيضه **قال**
دام ظله والاقرب ان له ان يبيع بالعرض مع الغبطة **اقول** لان الغرض من القراض
الاسترباح وهو يحصل بالبيع بالعرض فكان مشروعا تحصيلا للفائدة من القراض
وذهب الشيخ الى اقتضاء الاطلاق البيع نقدا بنقد البلد لانه كالوكيل والاصح الاول
ومنع كونه كالوكيل لانه يخالفه من كل وجه لانهما يشتركان في مراعاة الغبطة وهي
قد تقتضي العقد النسيئة بينهما كمنع البيع والشراء بالعين او بغير نقد البلد ومنع
النسيئة وغيرها مما يتساويان فيه وقد تقتضي الافتراق فان للعامل البيع والشراء
بالعرض لان غايته الاسترباح وكذا له شراء المعيب اذا كان فيه ربح ظاهر بخلاف
الوكيل فيهما **قال** دام ظله وليس له ان يشتري من ينعتق على المالك الا باذنه فان
فعل صح وعتق وبطلت المضاربة في ثمنه فان كان كل المال بطلت المضاربة ولو كان
فيه ربح فللعامل المطالبة بثمن حصته والوجه الاجرة **اقول** قال الشيخ في المبسوط اذا
اشترى من ينعتق على رب المال باذنه وكان فيه ربح انعتق وتضمن للعامل حصته
من الربح وان لم يكن فيه ربح انصرف العامل ولا شيء له وقال المصنف له الاجرة لانه
بالشراء بطلت لانه لا يمكن وقوعه للمضاربة وهو على تقدير وجود الربح حال
الشراء غير مستربح به فكان له الاجرة ولان عقد المضاربة يتضمن الشراء و
البيع فمع امتناع البيع لا تكون مضاربة واما على قول الشيخ وغيره من وجوب ضمان
المالك حصة العامل فمبناه على ان المضاربة تبطل بالاعتاق وان العامل
يملك حصته بالظهور لانه باذنه في الشراء قد اتلف نصيبه فكان كما لو استرجع
طائفة من المال بعد ظهور الربح واتلفه ولانه شريك سرى العتق في نصيبه فيضمن
النصيب وان قلنا بالقسمة او الانضاض ضمن اجرة المثل لانه عمل عملا لاجل
في مقابلته للمالك النفع المطلوب منه وفسخ قبل ملك الحصة ولو

كان المالك معسراً بقي قدر نصيبه رقيقاً على الاول وعلى الثاني يعتق كله وعلى
المالك الاجرة يطالب بها اذا ايسر **قال** دام ظله وان لم يأذن فالاقرب البطلان
ان كان الشراء بالعين او في الذمة وذكر المالك **اقول** لانه تصرف بغير اذن
المالك ولا داخل تحت الاذن لانه مقصور على الاسترباح وهذا اتلاف للاصل فهو
مناف للاسترباح فهو منهي عنه ويحتمل الصحة لانه مال متقوم قابل للعقود فصح
شراؤه كما لو اشترى من نذر المالك عتقه انه يعتق على المالك ويبطل المضاربة
ويضمن العامل لانه سبب الاتلاف هذا لفظ المصنف **قال** دام ظله ولو
وقع للعامل مع علمه وفي جاهل النسب او الحكم اشكال **اقول** اذا اشترى
من ينعتق على المالك بغير اذنه فان كان الشراء بالعين او في الذمة ونسبه الى المالك
لفظا او نية للعقد او في نيته وعلم البائع بالنية ابطل البيع لانه عقد نهاه
المالك عنه والنهي المتقدم كالفسخ المتجدد في الابطال اما الاولى فلان عقد
القراض يقتضي الامر بالاسترباح وشراء ما فيه ربح وهذا اتلاف لرأس المال فهو ضد
المأمور به والنهي هنا يدل على الفساد واما الثانية فظاهرة لان الفسخ المتجدد
رفع للعقد في المستقبل والنهي عنه رفعه في الماضي والمستقبل ولان النهي يرفع
اهلية التصرف ولانه محل يقدر عدمه يتوقف على الاجازة فلو وقف معه على الاجازة
لساوى النهي عدمه وهو محال فتعين اقتضاؤه البطلان ويحتمل الوقوف على الاجازة
لان النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد وان كان في الذمة واطلق ولم يعلم
المالك بان العامل نواه وقع في نفس الامر عن العامل ان لم ينو المالك ووقع عنه
ظاهراً ان نواه هذا كله اذا علم النسب والحكم ولو جهلهما او جهل احدهما فاشكال
ينشأ من انه مأمور بشراء ما فيه ربح ظاهراً والا لزم التكليف بالمحال وهو هنا
كذلك فيصح ويعتق ولم يضمن لان التلف حصل بمعنى في المبيع لم يعلم به المشتري فلم
يضمن كما لو اشترى معيباً لم يعلم بعيبه وتلف به ومن ان الاذن في المضاربة
انما ينصرف الى ما يمكن بيعه وتقليبه في التجارة والاسترباح منه ولا يتناول
غيره لكن فات في شراء من ينعتق على المالك تفوت رأس المال مع الربح
فكان اولى بالبطلان كما اذا اشترى باكثر من ثمن المثل او على خلاف
الغبطة فيكون حكمه كالاول ويضمن لتفريطه بترك الاستقصاء
في

هل في السؤال فان العالم معذور لنا كما حقق في علم الكلام والبطلان في جاهل
الحكم اقوى لانه غير معذور به والا لانتفع الحكم وجاهل النسب معذور
والا لزم تكليف ما لا يطاق وكلاهما باطل **قال** دام ظله ولو اشترى
زوجة المالك احتمل الصحة والبطلان **اقول** منشأ الاحتمالين انها
مال يمكن الاكتساب بها والزوج قابل لتملكها فيدخل تحت مطلق الاذن
والنكاح هنا اكد وتمكن الزوج اكثر لتمكنه من احدهما المضاربة واستماله
على فسخ عقد عقده باختياره وقصده فلا يليق ان يفعل ما ينافيه ولاشتماله
على ضرر المالك واحتمال البطلان انما هو على تقدير الشراء بالعين او اضافة
الشراء الى المالك في نفس العقد او في نيته فانه يبطل في نفس الامر فلنا
بالبطلان لا ظاهرا بل الحكم له في الظاهر كما اذا اشترى من ينعتق على المالك
ويتوصل في سرايتها او يتقاص كالوكيل قال المصنف وعلى الصحة يحتمل ان
يقال ليس له بيعها الا باذنه لما فيه من ابطال استباحة المالك الوطي وقد
اجاز المالك بحصوله ويحتمل جواز البيع لانه لما صح البيع بطل النكاح وبقي
كسائر المملوكات والوجه انه لا يصح شراؤها الا باذن المالك **قال**
دام ظله ولو اشترى زوج المالكة باذنها بطل النكاح وبدونه قيل يبطل
الشراء لتضررها به وقيل يصح موقوفا فلا يضمن العامل ما يفوت من المهر
ويسقط من النفقة وقيل مطلقا فيضمن المهر مع العلم وكذا لو اشترى من
لا يعلم به **اقول** القول ببطلان الشراء قول الشيخ في المبسوط ووجهه
ان صحة الشراء يستلزم ضررها وتفويتها ما تملكه من النفقة وغيرها
تحقيقا والربح متوهم والغرض الاقصى من القراض تحصيل الربح فلا يصح ولان
شراء الزوج ليس فيه حظ وما تناول له الاذن فيه حظ ووجه الثاني انه
لا يكون اقل من الفضولي وهو قول كل من قال بصحة عقد الفضولي ووقوعه
على اجازة المالك ووجه الثالث انه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه
ولا يتلف رأس المال فجاز كما لو اشترى مالية بزوج واغاضر المهر
مع العلم لانه اتلفه على المالك بفعله والاصح الثاني **قال** دام ظله
والوكيل في شراء عبد مطلق لو اشترى اب الموكل احتمل

الصحة وعدمها **اقول** منشأ الاحتمال ان الامر بالكلي المتواطي يقتضي التخيير
في الجزئيات وقد مر الفرق بينه وبين عامل التجارة ومن اشتماله على ضرر بزوال
ملكه ولان الظاهر انه اراد عبدا قنية لا تجارة وهذا ليس بجيد لما
وانما يبطل اذا كان اذا كان الشراء بالعين واضافه الى على ماض والفرق بينه
وبين العبد المأذون له في التجارة ان العبد شراؤه متمحض للمولى اضافه
اليه اولا والمحقق ان الملك وان كان ليس بمشكل لكن الغرض منه في
المعاملة متفاوت فما كان انفع كان شراء الوكيل له اولى لان الواجب
على الوكيل تحصيل الانفع مع التعارض كالاب الانفع في الامور الاخروية وغيرها
في الامور الدنيوية وكلاهما مفقود عند الخلاف فمن ثم حصل الاشكال
والاصح توقفه على الاجازة **قال** دام ظله ولو اشترى العامل من ينعتق
عليه ولا ربح في المال صح فان ارتفع السوق وظهر ربح وقلنا يملك بالظهور حصته عتق
ولم يسر على اشكال اذ لا اختيار له في ارتفاع السوق واختياره السبب وان
كان فيه ربح وقلنا لا يملك الا بالظهور صح والعتق وان قلنا يملك فالاقرب الصحة
وينعتق نصيبه ويسري الى نصيب المالك ويغرم لحصته للاختيار في الشراء **اقول**
اذا اشترى العامل من ينعتق عليه كابنه فاما ان لا يكون فيه حال الشراء ربح
ظاهر او يكون فهنا مطلبان **آ** ان لا يكون فيه ربح حال الشراء فاما ان يستمر
كذلك الى بيعه فيصح البيع قطعا او لا يستمر بل يظهر فيه ربح بعد الشراء كارتفاع
السوق مثلا فالكلام فيه في مسألتين **احديهما** في انعتاق نصيب العامل
وهو مبني على ان العامل يملك ما شرط له من الربح وعلى انه يملكه بالظهور او
القسمة فيه وثانيهما في سراية العتق وهو مبني على احدى مسألتين اما ان العتق القهري
يسري اذ ان اختيار السبب هو اختيار المسبب والقدرة عليه او لا وهي مسألة
على اختلاف رأي المتكلمين فعلى الاول يسري وكذا على الثاني لانه اختار الشراء
وامساكه حتى ارتفع السوق وهو سبب لملكه بارتفاع السوق الذي هو سبب
العتق والى هذا الوجه اشار المصنف بقوله واختياره السبب وقوله رحمه الله
اذ لا اختيار له في ارتفاع السوق اشارة الى حجة عدم السراية وتقريره
ان السبب التام للعتق هو مجموع ابتياعه وارتفاع السوق القريب
ارتفاع

ارتفاع السوق وهو ليس باختياره ولا تعلق لقدرته به فجزء السبب او السبب
القريب غير مقدور له وكلما كان جزء السبب غير مقدور او السبب القريب غير مقدور
لم يكن المسبب مقدورا فان لم نقل بسراية الا بالاختيار فهنا لم يسر هنا والاصح عندي
السراية لانه يملكه بالظهور فيضمن للمالك القيمة كلها **قال** دام ظله ويحتمل
الاستسعاء في باقي القيمة للعتق وان كان العامل موسرا **اقول** لان التقويم
على خلاف الاصل فيقتصر الى النص وهو قوله عليه السلام من اعتق الى آخره والالفاظ انما
تحمل على حقائقها وهو وجود الملك ليس علة في عدمه وان كان قد تحقق لكن المعتق
والعامل لا يكون فاعلا والعلة في العتق ليست ثبوت ليس من فعله والملك متعدد ولرواية
ابن ابي عمير عن محمد بن قيس قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل دفع الى رجل الف درهم
مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد درهما واحدا اعتق واستسعى
في مال الرجل ولم يستفصل وترك الاستفصال في حكاية الحال يقتضي العموم والاقوى عندي
السراية والغرم وقال ابو الصلاح وتبعه ابن ادريس حيث يستسعى العبد مطلقا
اي سواء كان العامل موسرا او معسرا **قال** دام ظله ونفقته في الحضر على
نفسه وفي السفر من اصل القراض كمال النفقة على رأي فلو كان معه غيره قسط
ويحتمل ما زاد على الحضر واحتساب الزائد على القراض **اقول** البحث هنا في مقامين
الاول هل نفقة العامل في السفر للتجارة على مال القراض او على نفسه ذهب الشيخ
في النهاية والخلاف وابن الجنيد وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس وحدك وقال الذي
في المختلف ليتبعه الى ان جملة النفقة في السفر على مال المضاربة وهو الاصح عندي وذهب
في المبسوط الى ان نفقته من الخاصة دون مال القراض احتج في الخلاف بالاجماع
الفرقة وفي المبسوط بانه دخل على ان يكون له من الربح سهم معلوم وليس له اكثر من
ذلك لانه ربما لا ربح المال اكثر من هذا واستدل المصنف في المختلف على الاول
بما رواه علي بن جعفر في الصحيح عن اخيه موسى عليه السلام قال في المضاربة ما
انفق في سفره فهو من جميع المال واذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه **المقام الثاني**
على القول بوجوب نفقته على مال القراض هل المتحقق النفقة اما ما زاد بسبب
السفر احتمالان والذي للمصنف الاول واحتج بقول موسى بن جعفر عليه
السلام ما انفق في سفره فهو من جميع المال وهو للعموم وقيل بالثاني لانه انما

حصل بالسفر الى بلد لا غير لما غيرها فسواء كان بيسا او لا اذ لا يكون السفر علة
فيه ويتفرع على وجوب كمال النفقة في مال القراض انه لو كان معه مال آخر
لنفسه قسطت النفقة عليهما على قدر المالين اما على القول بانه انما يستحق الزيادة
بالسفر خاصة فان نفقته على نفسه **قال** دام ظله ولو اذن له المالك في
وطء امة يشتريها قبل جاز والاقرب المنع **اقول** القول بالجواز قول الشيخ
الطوسي في النهاية والقائل بالمنع شيخنا نجم الدين ابو القسم بن سعيد وهو الاقرب
عند والدي المصنف والاصح عندي لان الاباحة اما عقد او ملك يمين لقوله تعالى
والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين
فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون وكلاهما مشروط بالملك فلا يصح قبله
لاستحالة تقدم المشروط على الشرط ووجه الاول انه اذن له في الانتفاع
فيصح ولدعاء الضرورة اليه **قال** دام ظله وليس له ان يخلط مال المضاربة
بماله الا مع اذنه فيضمن بدونه ولو قال اعمل برأيك فالاقرب الجواز **اقول**
لانه قد جعل النظر في المصلحة وفعلها موكولا اليه وربما رأى الحظ والمصلحة
في المزج فانه اعطاه فيدخل تحت قوله اعمل برأيك وقيل ليس له ذلك لان ذلك
من التجارة وهو ممنوع فانه قد يكون في مصلحتها والاصح الاول **قال** دام
ظله ولو قارض اثنان واحدا وشرطا له النصف وتفاضلا في الباقي مع تساوي
المالين او بالعكس فالاقوى الصحة **اقول** ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف وابن
ادريس الى بطلان الشركة لبطلان الشرط وقال السيد المرتضى بصحة الشركة دون
الشرط وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد والاقوى عندي الصحة وذهب ابو الصلاح
الحلبي الى صحة الشركة دون الشرط بل يكون اباحة **المطلب الرابع قال**
دام ظله العامل يملك الحصة من الربح بالظهور دون الانضاض على الاصح **اقول** هذا
اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف وفي الاستبصار وابن الجنيد وابن حمزة وابن ادريس
وهو الاصح وذهب في النهاية الى ان للعامل اجرة المثل والربح كله للمالك واختاره
المفيد وسلار وابن البراج وظاهر قول ابي الصلاح **لنا** قوله تعالى الا
ان تكون تجارة عن تراض منكم وقد حصلت وقوله تعالى اوفوا بالعقود وهو لابد
للتعليق في الصحة مع عن الصادق عليه السلم قال المال الذي يعمل به مضاربة
له

له من الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا ان يخالف امر صاحب المال احتج الشيخ
بان القراض تابع للاصل فيكون الربح للمالك ولانها معاملة فاسدة لجهالة العوض
والجواب يمنع الاصل فيكون الربح للمالك ونمنع فساد المعاملة فان هذه
المعاملة والجهالة لا تضر كجهالة العمل كالمزارعة والمساقاة ونمنع تبعية القراض
للاصل هنا **قال** دام ظله ويملكه بالظهور لا بالانضاض على رأي **اقول**
الذي سمعناه من والدي المصنف دام ظله ان في هذه المسئلة ثلثة اقوال **ا** انه يملك
بمجرد الظهور وهو الاصح لانه سبب للاستحقاق الشرط الصحيح فاذا حصل الربح
فليثبت مقتضى الشرط ولانه مملوك لانه له من المالك وليس برب المال لانه لا يثبت
احكام الملك في حقه فيلزم ان يكون للعامل اذ لا مالك سواهما اجماعا ولانه لو لم يملك
بالظهور لم يكن له المطالبة بالقسمة لكن التالي باطل اتفاقا فكذا المقدم والملازمة
ظاهرة لصدق الشيء من غير الشريك له المطالبة بالقسمة اتفاقا ولانه لو لم يملك بالظهور
لم يعتق عليه نصيبه من ابيه لو اشتراه وظهر ربح لكن التالي باطل فالمقدم مثله اما
الملازمة فظاهر اذ لا مقتضي الا ملكه قطعا واما بطلان التالي فلحديث محمد بن قيس وقد
تقدم ولقول الصادق عليه السلم الربح بينهما وهذا يقتضي بعمومه ملكه بمجرد الظهور
والاخبار كثيرة متواترة بهذا المعنى واعلم انا اذا قلنا يملك بالظهور نريد انه ملكا
غير مستقر ولهذا يتسلط العامل عليه وليس له التصرف لانه وقاية لراس المال بمعنى
انحصار الخسران فيه لو حصل مادامت المعاملة باقية **ب** انه يملك بالانضاض لانه
قبله غير موجود خارجا بل مقدر موهوم وكل مملوك موجود خارجا بالفروع
ما دام مملوكا وعلى هذا يثبت له بالظهور حق مؤكد ولهذا يورث عنه واذا اتلف
المالك او الاجنبي المال ضمن حصته فانا بالاتلاف كالقسمة **ج** انه يملكه مستقرا
بالقسمة لانه لو ملك قبلها لكان شريكا في المال فيكون النقصان الحادث شايعا
في المال لان المال المشترك يكون بينهما فلما انحصر في الملك ولانه لو
ملكه لاختص بربحه ولان القراض معاملة جايزة والعمل فيها غير مضبوط
فلا يستحق العوض فيها الا بتمامه كما في الجعالة **د** ان القسمة كاشفة عن
ملك العامل لان القسمة ليست بعلة حتى يملك بها بل هي كاشفة على تمام
العمل المرغب للملك **تذنيب** الاصح عندي انه يستقر ملك العامل

بارتفاع العقد مع نضوض المال والقسمة باجماع الكل وهو بغاية الحسن وكذا
لو كان قدر رأس المال ناضاً واقتسما الباقي وارتفع العقد والضابط انه كلما
ارتفع العقد والربح حاصل وجب على العامل جبر ولا اجبار حين ان استقر
ملكه **قال** دام ظله ولو تلف مال القراض او بعضه بعد دورانه في التجارة
احتسب التالف من الربح وكذا لو كان قبل دورانه على اشكال **اقول** هنا
مسائل اربع **آ** تلف بعض المال قبل دورانه في التجارة بالعرض حصل كان دفع
اليه الفين فتلف احدهما وفيه احتمالان مبنيان على انه مال قراض بالفعل وعلى
تفسير الدوران الذي له الربح وقاية في العرف العادي هل هو كاشف حصل في مال
القراض بيد العامل لا من فعله وتفريطه او بقيد تحقق تصرف العامل بالتجارة
او له تعلق بتصرف العامل بتجارته او تنشأ من نفس المال الذي اشتراه العامل
بالتجارة او له تعلق كالعيب وقد ذهب الى كل تفسير من هذه الثلاثة قوم
فعلى التفسير الاول يجبر من الربح وعلى الاخيرين لا يجبر ولان العقد انما يتأكد
بالعمل فليس مال قراض بالفعل حقيقة **ب** ان يكون بعد دورانه لا بنقص سوق
ولا بعوض بل بآفة كما لو اشترى عبدين فمات احدهما فان قلنا بالجبر في المسألة
الاولى فهنا اولى وان قلنا سلف من رأس المال في المسألة الاولى فهنا احتمالان
احدهما انه هنا كذلك لانه نقص لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته ولا هو ناش
من المال الذي اشتراه العامل ولان العبدين مثلاً بدل الالفين والاعتبار بمحرح
الشراء لانه يسدد محل التصرف والركن الاعظم في المضاربة البيع لانه به يحصل في
المبيع الربح والحق عندي انه يجبر من الربح لانه تصرف في رأس المال ولا اخذ شيئاً
من الربح حتى يرد رأس المال الذي تصرف فيه الى المالك لقوله عليه السلام على اليد
ما اخذت حتى تؤدي وانما قال على اليد ولم يقل على الذمة ليشمل ما في الذمة
والامانات كالوديعة وهذا الموضع وشبههما **ج** ان يتلف كل المال قبل
دورانه في التجارة كما لو اذن له المالك في الشراء في الذمة فكان رأس المال الف
فاشترى بالف في الذمة وقبل اقباضه للبائع تلف الالف الذي في يده
فالقراض والبحث فيه كالاولى في احتمالان الثاني انهما معاً رأس المال فيجب من

من الربح ويدفع الثمن في المبسوط وقيده بانه ان كان الشراء قبل تلف الالف
كان كان بعده فالشراء للعامل **اقول** البحث انما هو في الاول لان التلف
قبل الشراء مبطل للمضاربة واحتسابه والذي دام ظله في المختلف ان الشراء في
الذمة ان كان باذن المالك فهما معاً رأس المال والا فان الشراء للعامل **د**
ان يتلف بعد دورانه في التجارة بان يتلف رأس المال بعد شرائه وظهور ربح
وبقي قدر الربح والحق عندي هنا انه يجبر بالربح الباقي **قال** دام ظله ولو
دفع الفاً مضاربة فاشترى بها متاعاً يساوي الفين فباعه بهما ثم اشترى به
جارية وضاع الثمن قبل دفعه رجع على المالك بالف وخمسمائة ودفع من ماله خمسمائة
على اشكال **اقول** القائل بملكه بالقسمة لا اشكال عنده في عدم الرجوع
بشيء وعلى القول بالملك بالظهور يحتمل الرجوع لانه شريك ومن حيث انه لا استقرار لملكه
الا بعدم الخسران وهذا الشرط تحقق ولا ادى وكذا على القول بملكه بالانضاض
فانه لا استقرار الا بالقسمة لكن ان قلنا بالشركة بالملك بالظهور فهنا اولى والحد الذي
المصنف الانضاض **قال** دام ظله ولو دفع الفاً مضاربة ثم دفع اليه الفاً اخرى
مضاربة واذن في ضم احدهما الى الاخر الى قوله وان لم يأذن في الضم فالاقرب انه ليس له ضمه
اقول وجه القرب من حيث انه تصرف لم يأذن فيه المالك لانه انما اذن في التجارة في النقد
ليس منهما ويحتمل الجواز لجواز ان يكون شراء نصف سلعة متاعاً باحدهما والتكميل
بالاخر وهو يستلزم الضم وفيه نظر لانتقاضه عليه الغير فانه يجوز ان يشتري نصف
سلعة متاعاً باحدهما والاخر بالاخر والاقرب عندي انه يجوز الضم فعلى الجواز
لا يضمن به وعلى عدمه يضمن **قال** دام ظله وهل يقوم الحساب مقام القبض الاقرب
انه ليس كذلك **اقول** وجه القرب ان حقيقة القبض وعدم دلالة الحساب
على الفسخ باحدى الدلالات ويحتمل انه كالقبض لان فائدته تمييز حق المالك من حق
العامل فصار كالقبض والصحيح عندي الاول لان قبض المالك فسخ فاذا
اعاده كان قراضاً جديداً واحتاج الى عقد جديد والحساب ليس كذلك

الفصل الثالث في التفاسخ والتنازع **قال** دام ظله وان انفسخ والمال
عروض فان ظهر فيه ربح وطلب العامل بيعه او وجد زبوناً يحتمل الربح ببيعه عليه
اجبر المالك على اجابته على اشكال **اقول** الاشكال في المسألتين انما
آ ففيما اذا انه ان قلنا انه لا يملك الا بالانضاض او القسمة كان له

الاجرة فلا يحصل للمالك شيء ويحتمل الجبر لانه لا يكون اقل من الجعالة لو فسخ قبل تمام
العمل بظهور الربح وفسخ المالك فانه يستحق الجعل وهو جزء من الربح واما انه
بالبيع فلما لا يتم الواجب الا به يكون واجبا وان قلنا بالظهور فيحتمل الاجبار
لانه يجب عليه انضاض عوض عليه ويحتمل عدمه لانه ليس اقوى من الشريك الاصلي
والشريك لا يجبر شريكه على بيع ماله فهنا اولى واما ب فمنشاؤه من
حيث ان ذلك هل هو ظهور ربح ام لا فعلى تقدير الاول يعني الثاني اذ حصول
الربح اما بزيادة القيمة السوقية او بحصول الشراء بذلك اما نفس البدل
فلا بل هو عوض مساو لمال الغروض والاصح الاجبار فيهما قال دام
ظله ولو طلب المالك بيعه فان لم يكن ربح او كان واسقط العامل حقه منه
فالاقرب اجباره على البيع لرد المال كما اخذ اقول هنا مسئلتان آ ان لا
يكون فيه ربح ووجه القرب قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهو
عام نعم انه كل احد يده الادا كما اخذ ويحتمل عدمه لان عرض البيع ان
يظهر الربح ليصل العامل الى حقه منه فاذا لم يكن ربح وارتفع العقد لم يكن تكليفه
تعبا بلا فائدة ب ان يظهر فيه ربح فاما ان يسقط العامل حقه من الربح او لا فان
كان الاول فمنشاؤه على مسئلتين احديهما انه هل يملك بالظهور او لا فان قلنا
يملك بالظهور فهل يسقط بالاعراض ام لا يحتمل الاول لانه ليس بملك مؤكد
بل متزلزل ويتوقف على تمام العمل ويحتمل الثاني لان الاملاك لا تزول
بالاعراض فان قلنا لا يسقط بالاعراض لم يلزم المالك قبول ملكه فيجبر وان
قلنا يسقط فمنشاؤه على المسئلة الاولى وهي ان لا يكون فيه ربح والاقرب الاجبار
للجبر وثانيهما ان لا يملك بالظهور فيسقط بالاسقاط كالشفعة لانه لم
يملك بل استحق ان يملك كالشفيع وللحقوق بالاسقاط وان كان الثاني
وهو ان لا يسقط العامل حقه فان قلنا يملك بالظهور احتمل الاجبار
لان المالك لا يلزمه قبول ملكه وعدمه كالشريك والاصح الاجبار
للجبر ولانه يملك بالظهور ملكا لازما ما دام الربح ظاهرا او ناضا
فيلزمه عوضه وهو اتمام مقتضى العقد لانه اقتضى الشرا والبيع والاقوى
انه يملك بالظهور ولا يسقط بالاسقاط قال دام ظله واذا فسخ
المالك

المالك القراض ففي استحقاق العامل اجرة المثل الى ذلك الوقت نظر اقول
منشاؤه من انه عمل غير متبرع به في مال المالك وتعذر العوض وكان المالك لم يمكنه
من اتمام العمل الى ان يحصل الربح ومن انحصار العوض في الربح لان مقتضى العقد
انه لا شيء له ان لم يحصل ربح ولم يحصل والاصح ان له الاجرة قال دام ظله
واذا مات العامل وطلب المالك التقرير لوارثه على العمل ان كان المال نقدا والا فلا
وهل ينعقد القراض هنا بلفظ التقرير اشكال اقول منشاؤه من انه عقد
مستأنف فلا يعتبر فيه صيغته المعينة التي وضعها الشارع له والاصح عنده انه لا يصح
لان العقد بطل والتقرير حقيقة في استمرار عقد موجود حتى التقرير في المتقبل
وليس هنا عقد ومن ان العقود الجائزة لا تفتقر الى الصيغ كالاكتفاء بالاذن فيه
وقد يستعمل التقرير لانشاء عقد على موجب العقد السابق قال دام ظله ولو
مات العامل ولم تعرف بقاء مال المضاربة صار ثابتا في ذمته وصاحبه اسوة
الغرما على اشكال اقول منشاؤه من اصالة البقاء وعدم الوجدان لا يدل على العدم
وقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدي ومن انه امانة والاصل عدم التفريط
والجهالة بعينه ولان الغرما مع العمار يستلزم الحكم ببقاء المال اذ لولاه
لم يضمن لان الاصل عدم التفريط وبعدمه والا لما ضمن اي حكم العدم
مع التفريط فيكون مبنيا على النقيض والثاني ممنوع فانا نمنع ان سبب الضمان
العدم مع التفريط بل سببه اما هنا او اشتباهه في ماله بحيث يتعذر تسليمه
قال دام ظله واذا تلف المال قبل الدفع في الشرا انفسخت المضاربة فاذا اشترى
بعد ذلك للمضاربة فالثمن عليه وهو لازم له سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن
او جهله ولو اجاز رب المال احتمل صحته وكون الثمن عليه اقول لانه اشترى
للمضاربة والشراء للمضاربة هو الشرا للمالك لانها وكالة في الابتداء تصير
وكالة وشركة في الاثناء وشركة في الانتهاء وقد اجازه المالك لكن لا يكون
مضاربة من حيث ان المال تشاأنه عليه والثمن له فلا يتصل الا بعقد
مستانف ولان المضاربة انفسخت بالتلف فصار كما لو اشترى قبل قبض
شيء للمضاربة واجاز المالك قال دام ظله وهل يحتسب التالف من راس
المال نظر هذا اذا كان المالك اذن في الشرا في الذمة والا كان الثمن لازما
للعامل والشراء له ان لم يذكر المالك والا بطل البيع ولا يلزم الثمن احدهما

اقول نشأ من ان المال قد تلف بعد الشراء وهو مشروع فى التجارة فيحسب من راس المال ومن انه قد تلف قبل الضرب فيه فلم يكن من راس المال كما لو تلف قبل الشراء والاصح احتسابه من مال المضاربة قال دام ظله ولو ادعى المالك التقدم قول المالك فى الرد الى قوله وفى قدر نصيب العامل من الربح اقول ذهب الشيخ فى المبسوط الى تقدم قول العامل كالودعى لانه امين ولانه عنده مدفوع للضرب وقال عليه السلم لاضرر ولا اضرار ونفى اللازم يستلزم نفى الملزوم ووجه اختيار المصنف انه مدع فيدخل تحت عموم الخبر وهو قوله عليه السلم البينة على المدعى واليمين على من انكر وهو الاصح قال دام ظله ولو اختلفا فى قدر فالقول قول العامل مطلقا على اشكال اقول نشأ من ان المالك يدعى عليه قبضا وهو ينكره ولان المال فى يد العامل فالقول قوله صاحب اليد ويحتمل انه ان كان هناك ربح كان حكمه حكم الاختلاف فى العقد المشروط فى الربح لان قدر الربح يتفاوت بواسطة راس المال فيكون القول قول المالك لان الاصل ان النماء تابع للاصل ولان العقد الزائد على ما يدعيه العامل يدعى المالك انه له والعامل انتقاله عنه بالمعاملة اذ الاصل ان النماء تابع للاصل والاصل عدم انتقاله عنه ان كان تفريط او نقص عن راس المال فالقول قول العامل لانه الغارم واعترض على رجوعه الى الخلاف فى الربح بان الخلاف فى العقد المشروط من الربح اختلاف فى كيفية العقد والاختلاف هنا فى القبض فهذا كما لو اختلف المتبايعان فى قدر الثمن والاصح ان القول قول المالك الا ان يكون هناك تفريط وتلف فالقول قول العامل قال دام ظله ولو ادعى المالك القراض والعامل القرض فالقول قول المالك فيثبت له مع اليمين مدعاه من الحصة ويحتمل التحالف فللعامل الاكثر للامرين من الاجرة والمشروط اقول وجه الاول ان العامل يدعى انتقال المال عن ملكه والاصل عدمه ووجه الثانى انهما مدعيان لان كلا منهما يدعى عقدا ينكره الآخر والاصل عدمه وانما كان له الاكثر للامرين لانه اذا كان الاكثر نصيبه من الربح فرب المال يعترف له به ويدعى الربح كله وان كان اجرة مثله اكثر فالقول قوله فى عمله مع يمينه كما ان القول قول رب المال فى ماله فاذا حلف قبل قوله فى انه ما عمل بهذا الشرط وانما عمل لغرض لم يسلم له فيكون له اجرة مثله وهو الاصح قال دام ظله ولو اقاما بينة فعلى

قوله مطلقا اى سواء [illegible]

فعلى الاول تقدم بينة العامل اقول لان القول قول المالك فالبينة بينة الآخر وعلى الثانى يتعارض البينتان فتساقطان ويتحالفان ويكون الحكم كما ذكر المصنف فيما تقدم قال دام ظله ولو ادعى العامل القراض والمالك الانتفاع قدم قول المالك لان عمله له فيكون قوله مقدما فيه ويحتمل التحالف وللعامل اقل الامرين من الاجرة والمدعى اقول وجه الثانى ان كلا منهما يدعى عقدا ينكره الآخر فيكون القول قول المنكر وانما كان له اقل الامرين لان الاجرة ان كانت ازيد فهو مقر بعدم استحقاق الزائد واقرار العقلاء على انفسهم جائز وان كانت انقص فالزائد انتفى بيمين المالك وهو الاصح

المقصد السادس فى الوكالة

مقدمة مشروعية الوكالة ثابتة بالاجماع وبفعل النبى عليه السلم فانه وكل السعاة فى اخذ الصدقات وروى انه عليه السلم وكل عروة البارقى فى شراء شاة للاضحية ووكل ابا رافع فى قبول نكاح ميمونة وعن جابر قال اردت الخروج الى خيبر فذكرت لرسول الله صلى الله عليه وآله فقال اذا لقيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقا الحديث وفصوله ثلثة الاول فى اركانها وهى اربعة الاول العقد قال دام ظله وان افسد العقد لتعلقها على الشرط احتمل تسويغ التصرف عند حصوله بحكم الاذن وفائدة الفساد سقوط الجعل المسمى والرجوع الى اجرة المثل اقول لوجود المقتضى وهو الاذن وانتفاء المانع اذ ليس الا رفع الوكالة ورفع الخاص يستلزم رفع العام فلم يرفع الاذن ولا لازمه بل ملزومه ومن ان الكلى لا يوجد الا فى احد الجزئيات وليس هنا الا الوكالة وقد ارتفعت والاصح الثانى وهو منعه من التصرف مطلقا الثانى الموكل قال دام ظله فلا يصح توكيل الصبى وان كان مميزا او بلغ عشرا مطلقا على رأى اقول الموكل كل من يتمكن شرعا او ممنوع بالجهل للعين من مباشرة فعل يقبل الاستنابة بحق الملك او الولاية الفهرية او ما دونه فيها شرعا ولو بوسائط فنقول الصبى هل يمكن من مباشرة فعل كما ذكره واستحسنا المصنف لا ولاختاره جماعة من اصحابنا فلا يصح توكيله فى شئ البتة وقال الشيخ رحمه الله يصح تصرفه بالعتق والصدقة بالمعروف ثم نص انه لا يصح تصرفه فى شئ تدخله النيابة صح التوكيل فيه ويلزم جواز توكيل الصبى لنا ان مناط التصرفات البلوغ وليس وصغر السن ممنوعة

قال دام ظله والاقرب ان ارتفاع الوكيل عن المباشرة واتساعه وكونه بحيث يعجز
عن المباشرة اذن في التوكيل معنى فحينئذ الاقرب انه يوكل فيما زاد على ما
يتمكن منه لا الجميع اقول دلالة اذن الموكل لوكيله في التوكيل اما لفظية
او معنوية والاولى ظاهرة مذكورة في القواعد وهذا الكلام مقصود على الدلالة
المعنوية وهي اقسام آ ان يقتضيها شاهد الحال كترفع الوكيل عن مباشرة ما
وكل فيه فانه ينزل على العادة والعرف على الاذن دلالة ظاهرة ويحتمل عدم الجواز
لان التصرف في مال الغير خلاف الاصل مبني على الاحتياط التام فيقتصر على ما
يدل عليه اللفظ بالمطابقة او التضمن او الالتزام والكل منتف هنا ب اتساع الموكل
فيه وعجزه عن المباشرة ولا بد في علم الموكل بعجزه عن مباشرة الجميع لا عن بعضه فالاقرب
جواز التوكيل لثبوت دلالة الاقتضاء فانه امره بالتصرف في الجميع واصلاحه وهو
موقوف على الاستنابة فيه وقال الشيخ ويحتمل عدمه لان التوكيل غير الفعل والمباشرة
وانما امره بالثاني لا بالاول كانتفاء الدلالات الثلاث اما المطابقة والتضمن فظاهر
واما الالتزام فلامكان انفكاكه لجواز نهيه عنه والاصح الاول ج على القول
بجواز التوكيل مع كثرة الموكل فيه وعجزه عن الكل من حيث هو كل الاقرب
عند المصنف انه لا يوكل في الكل بل فيما زاد على المقدور لان التوكيل انما جاز
للحاجة فاقتصر على ما دعت اليه وهو قول الشيخ الطوسي رحمه الله في المبسوط ويحتمل
العموم لجوازها وتخصيص البعض ترجيح من غير مرجح ولاقتضاء الاطلاق ذلك وهو
ممنوع والاصح الاول لانها رخصة وكل رخصة تختص بمحل الضرورة قال
دام ظله وللحاضر ان يوكل في الطلاق على راي اقول منعه الشيخ في النهاية
وابن البراج وابو الصلاح وجوزه ابن ادريس والمصنف لانه فعل يقبل النيابة فصح في
دخولها فيه والصغرى ظاهرة لجوازها مع الغيبة وكذا الكبرى لغيرها والجواز الطلاق
من الحكم بالحديث حال الشقاق مع حضوره احتج الشيخ برواية زرارة عن
الصادق عليه السلم قال لا يجوز الوكالة في الطلاق وحملها الشيخ على الحضور وحمل
الاخبار المجوزة على الغيبة للضرورة جمعا بين الادلة وفي المستند ضعف ولعموم
قوله عليه السلم الطلاق بيد من اخذ بالساق خرج الغائب للضرورة فيبقى فيه
دلالة والاصح الجواز قال دام ظله والاقرب بطلان الاذن بالاباق اقول
وجه القرب دلالة شاهد الحال ويحتمل عدمه لاصالة البقاء والاصح الاول
قال

قال دام ظله فلا تصح وكالة الصبي ولا المجنون والاقرب جواز توكيل عبده
اقول قال المصنف دام ظله الضمير في عبده ليس راجعا الى الصبي او
المجنون بل هو راجع الى الموكل اي ويصح ان يوكل الانسان عبد نفسه لوجود
المقتضي وهو الايجاب والقبول وقبول الموكل والوكيل والفعل للاستنابة
وانتفاء المانع اذ ليس الا العبودية وليس يمنع عن التصرف للسيد ويحتمل عدمه
لان وكالة العبد من شانها الاذن له في التصرف اذ يخرج امر يجب على العبد
الفعل ولا يتوقف على رضاه ولا قبوله ولا يمكن ان يثبت على المولى للعبد شيء فلا
وكالة اذ هي عبارة عن عقد يدل على الاستنابة في التصرف وصلاحية ثبوت اجرة
او جعل والثاني محال والعقد انما يحتاج اليه فيمن لا يملك الموجب افعاله واقواله
والفائدة فيما اذا باعه او اعتقه والاقرب الصحة ووقوعها بقوله وكذلك
فانه ايجاب وقبول حكما قال دام ظله ولا الاقرب جواز وكالة الواحد
عن المتخاصمين وعن المتعاقدين الجائز اقول هنا مسئلتان آ هل يجوز ان يتوكل
شخص واحد عن المتخاصمين في دعوى واحدة في زمان واحد وثبوت كل واحد منهما
في ارادة حجته ودافع للاحتجاج قولا قال المصنف الاقرب الجواز لوجود المقتضي وانتفاء
المانع اما الاول فلان الاهلية الموجبة لجواز التوكيل عن كل واحد منهما ثابتة فيه
والمقصود المامور به شرعا اعتقاد الحق من الطرفين واجتناب الباطل فيمكنه ارادة
حجة كل واحد ودفع الاخرى وقصد الحق ولانه يجوز ان يكون شاهدا لهما
فالوكالة اولى ولانه يجوز ان يتوكل لكل واحد على التفريق فجاز الجمع لعدم التنافي
واما الثاني فظاهر ويحتمل المنع لانه لا بد في ارادة الحجج في المخاصمة من كمال الاستقصاء
والمبالغة فتتضاد الغرضان فيه والمحقق ان الواجب هل هو الاصلح او ذكر
الشيخ في المبسوط فيه وجهين احدهما الجواز لما ذكرناه والاخر عدمه قال وهو
الاحوط لما ذكرناه نحن في وجه المنع بعينه ب هل يجوز ان يتولى طرفي العقد عن
المتعاقدين قال الشيخ في المبسوط واما في تولي طرفي العقد فقد منع بعض الاصحاب
من كون الشخص الواحد موجبا قابلا والاقرب الجواز فيهما كما اختاره المصنف
والمختار ما ذكرناه قال دام ظله ولو اذن لعبده في التصرف في ماله ثم اعتقه
او باعه بطل الاذن لانه ليس على حقيقة الوكالة بل هو اذن تابع للملك ويحتمل بقاء
وكالته لو اعتقه اقول ان قلنا بعتقه وكالة حقيقية بقيت لعدم العتق

وهو الاحتمال الذي ذكرناه وان قلنا ان وكالته ليس وكالة حقيقية بل اذنا فهو
اذن بطلت بالعتق والاصح الثاني الرابع متعلق الوكالة قال دام ظله وفي
التوكيل باثبات اليد على المباحات كالالتقاط والاصطياد والاحتشاش
والاحتطاب نظر اقول بنيناه على ان تملك المباحات هل تفتقر الى النية ام
لا قوى الشيخ المنع من التوكيل في الاحتطاب والاحتشاش وسوغه في احياء
الموات وتبعه ابن ادريس وفي الجمع بين الحكمين نظر وكان وجه الفرق قول
النبي صلى الله عليه وآله من احيى ارضا ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله فلم يعلق
الملك هنا بالنية جعله مستندا الى الاحياء قال دام ظله وفي التوكيل
على الاقرار اشكال فان ابطلناه ففي جعله مقرا بنفس التوكيل نظر اقول
منشأ الاشكال ان الاقرار اخبار عن حق عليه فلا يلزم الغير خبر الغير الا
على وجه الشهادة وهذا كما لو قال رضيت بما شهد به علي فلان فانه لا يلزمه
ولان التوكيل في الانشاء لا في الاخبارات وهو الحق ومن انه قول يلزم به الحق
فاشبه الشراء وسائر التصرفات التي يصح فيها التوكيل وجوزه الشيخ في المبسوط
والخلاف قال في المبسوط ومن الناس من قال لا يصح ثم اختلف القائلون بعدم
الصحة فمنهم من قال يكون توكيله واذنه في الاقرار عنه اقرارا منه لانه اخبر
عن حق عليه لخصمه وقال بعضهم لا يكون ذلك اقرارا لان التوكيل في الشيء لا يكون اثباتا
لنفس ذلك الشيء كالتوكيل في البيع لا يكون بيعا وكذلك الامر بالامر لا يكون امرا والحق
انه لا يكون اقرارا لان الاقرار اخبار وفي التوكيل انشاء وما للفظ الواحد
لا يمكن استعماله فيهما في حالة واحدة لان الاخبار يستلزم احتمال الصدق و
مقابله لانه مسبوق بحكم مطابقته لها والانشاء يستلزم عدم احتمال الصدق
ومقابله لعدم سبق النسبة فيه ولان الانشاء معلول للفظ والاخبار علته
معلول للفظ قال دام ظله ويكفي لو قال عبدا تركيا وان لم يستقص في الوصف
ولو اطلق فالاقرب الجواز اقول قال المصنف المراد بالاطلاق هنا ان يأمره
بشراء عبد ولم يعين صنفه ولا وصفه ووجه القرب ان الوكيل قائم مقام
الموكل فيما هو وكيل فيه فاذا جعله قائما مقامه في شراء العبد واطلق
اقتضى جعل الخيار في التعيين اليه فيكون بمنزلة الوكالة المطلقة فمن ذهب
الشيخ في المبسوط الى عدم الصحة لان فيه غررا ولانه كلما صح التوكيل
فيه

فيه صح مباشرته بالفعل اجماعا ويلزمه كلما لا يصح مباشرته بالفعل لا يصح
التوكيل فيه وشراء المجهول لا يصح مباشرته فلا يصح التوكيل فيه والجواب
انه لم يوكله في شراء عبد مجهول لانه باطل بل وكله مطلقا في الشراء لعبد
يعينه الوكيل عند الشراء والاقرب الصحة لما ذكرناه قال دام ظله
ولو قال بما لي من قليل وكثير فاشكال اقول قال الشيخ في الخلاف
والمبسوط لا يصح لان فيه غررا عظيما لانه ربما لزمه بالعقود ما لا يمكنه
الوفاء به وما يؤدي الى ذهاب ماله وانما فلا دليل على صحة هذه الوكالة في
الشرع وقال في النهاية اذا اشترط في الموكل ان تكون الوكالة عامة قام الوكيل
مقام الموكل على العموم وبه قال ابن ادريس وهو قول المصنف وشيخنا وابن البراج
لان كل فعل من الافعال التي يدخله النيابة يصح التوكيل فيه بالنصوصية والاندراج
مجازا ان يندرج تحت العموم لنا وله الجواب بالسؤال وتصرف الوكيل منوط بالمصلحة
والحق اختيار الشيخ في الخلاف قال دام ظله ولو قال اشتر عبدا بمائة او عبدا تركيا
فالاقرب الجواز اقول وجه القرب ان الوكالة لا يشترط فيها انتفاء الغرر من كل
وجه للمسامحة فيها لعموم الحاجة ولانه جعل نظره كنظره ورضي بما يرتضيه فصح
كالوكالة المطلقة ويحتمل عدمه للغرر والاصح الاول الفصل الثاني
في احكامها قال دام ظله ولو حضر من يزيد على ثمن المثل فالاقرب انه لا يجوز بيعه
بثمن المثل اقول وجه القرب انتفاء غبطة الموكل وحصر تصرف الوكيل في الغبطة
ويحتمل الجواز لاطلاق الاصحاب انصراف الاطلاق الى ثمن المثل والاصح الاول قال
دام ظله ولو حضر في مدة الخيار ففي وجوب الفسخ اشكال اقول ينشأ من وجوب مراعاة
الغبطة ومن صحة البيع بثمن المثل والاصح الاول لانه يجب مراعاة الاصلح هنا قال دام
ظله وله ان يبيع على ولده وان كان صغيرا على رأي اقول هذا هو المشهور لانه
البيع بعوض مطلق ولانه امتثل امر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن ولانه
باع بالثمن الذي لو باع به من اجنبي صح وخصوص الاشخاص ليس بمقصود وقال الشيخ
في المبسوط وقطب الدين الكيدري ليس له ذلك للتهمة ولقوله عليه السلام انت
وما لك لابيك ولانه يكون موجبا قابلا والاصح الجواز قال دام ظله ولا يملك
الابراء من الثمن ولا قبضه لكن هل له ان يسلم المبيع من دون احضار الثمن اشكال الاقرب

مقتضاه

المنع فيضمن لو تعذر قبض الثمن من المشتري **أقول** ينشأ من أن موجب البيع و
تسليم المبيع الى المشتري ولأن الوكيل نايب عنه فيثبت عليه ما ثبت على موكله
ومن منع وجوب تسليم المبيع أولاً بل معاً ووجه القرب وجوب الاحتياط على
الوكيل وحفظ مال الموكل ودفعه أولاً تغرير بالمال وهو الاصح **قال**
دام ظله ولو أذن له في الرد بالعيب مع الاطلاق ومع التعيين اشكال **أقول** ينشأ من
انه بالتعيين قد قطع اجتهاده منه ولعله قد أمره بشرائه مع علمه بعيبه ولانه
أمره بادخال هذا العبد في ملكه والرد مضاده والوكيل في شيء لا يلزم ان يكون
وكيلاً في مضاده ومن ان الشراء ملزوم لجواز الرد بالعيب وقد ملكه
الملزوم فيملك اللازم وايضا قد يتعلق الغرض بشراء هذا العبد سواء كان صحيحا
او معيبا وقد يتعلق الغرض بشراء هذا العبد مع قيد الصحة والتوكيل محتمل
لها فتخصيص احدهما ترجيح بلا مرجح والاصل عدم العلم بالعيب فيجب الرد
فجاء الاشكال والاصح انه لا يملك الرد الا بامره **قال** دام ظله ولو قال اشتر
شاة بدينار فاشترى شاتين ثم باع احديهما بالدينار فالوجه صحة الشراء ووقوف
البيع على الاجازة **أقول** سعى المقصود بان قيمة احديهما دينار وصحة الشراء مذهب الشيخ
في الخلاف لما روي ان النبي عليه السلام عرض له جلب فاعطى عروة البارقي دينارا
ليشتري به شاة للاضحية فاشترى به شاتين ثم باع احديهما بدينار فجاء الى رسول
الله صلى الله عليه وآله بشاة ودينار فقال هذه الشاة وهذا ديناركم فقال له النبي عليه
السلام كيف صنعت فذكر له ما صنع فقال عليه السلام بارك الله لك في صفقة يمينك
ولانه زاده خيرا واما توقف البيع على الاجازة فلانه لم ياذن له فيه والاقرب انه يقف
على الاجازة **قال** دام ظله ولو امره بشراء سلعة معينة فاشتراها فظهر فيها عيب فالاقرب
انه للوكيل الرد بالعيب **أقول** وجه القرب اقتضاء العقد وقد ملك الوكيل العقد
كالموكل ويحتمل عدمه لما تقدم **قال** دام ظله ولو وكله على الصلح عن الدم
على خمر ففعل حصل العفو ولو صالح على خنزير فكذا على اشكال **أقول** ينشأ
من المخالفة ومن انه امره بالصلح على غير عوض مملوك والخنزير مساو له في ذلك
فكذا في الاجزاء فالاقوى عدم الصحة للمخالفة **قال** دام ظله ولو وكل
اثنين في الخصومة ففي انفراد كل منهما اشكال **أقول** قال ابن الجنيد يجوز الانفراد
لانه يقتضي انفراده عليه ولا هو تصرف في مال احد مالي ولتعسر الاجتماع
على

على الخصومة ومن حيث عدم جواز تعدي ما حده الموكل والاصح عدم الجواز
قال دام ظله ولو اذن لعبده في عتق عبيده او لغريمه في ابراء غرمائه او
حبسهم او لزوجته في طلاق نسائه فالاقرب دخوله الماذون **أقول** قال
الشيخ في المبسوط اذا وكله في ابراء غرمائه لم يدخل هو في الجملة وكذلك في
حبس غرمائه ومخاصمتهم وكذلك اذا وكله في تفريق ثلثه في الفقراء و
المساكين لم يجز له ان يصرف الى نفسه منه شيئا وان كان فقيرا مسكينا لان المذهب
الصحيح ان المخاطب لا يدخل في امر المخاطب اياه في امره غيره فاذا امر الله تعالى
نبيه بان يامر امته ان يفعلوا كذا لم يدخل هو في ذلك الامر واعلم ان الامر
اذا نقل الامر بكلام غيره وكان مما سوى له الصيغة مثل قول النبي قال الله
تعالى يا ايها الناس افعلوا كذا او بكلام نفسه بصيغة يدخل فيه فقد ثبت في الاصول
ان الاقوى دخوله مع ان هذا ليس بامر ووجه القرب وجود المقتضي وهو عموم
الصيغة وانتفاء المانع اذ ليس الا اتحاد المشتري والمشتري وليس بمانع لعدم
منافاته لتغايرهما بالاعتبار كاف في التسبب **المطلب الثالث** في حكم المخالفة
قال دام ظله اذا خالفه في الشراء فان اشترى في الذمة ثم نقد الثمن فان اطلق
وقع له ان لم يجز الموكل فان اجاز فالاقرب وقوعه **أقول** الوكيل اذا خالف
الموكل في جنس الفعل او صنفه المقصود فانه يكون فضوليا فيما فعله كما اذا وكله
في الشراء بثمن فاجعله واشترى في الذمة فاما ان يذكر البائع في الخطاب
او هو في القبول الموكل او لا فان كان الاول كان فضوليا فيه وحكمه حكم
شراء الفضولي وان كان الثاني فان لم يضفه اليه في نيته وقصده وقع الشراء
له ظاهرا وباطنا بلا اشكال وان اضافه اليه في نيته فاما ان لا يجيز الموكل
او يجيزه فان كان الاول وقع الشرا للوكيل لان الخطاب في قوله بعتك
متوجه اليه والجواب بقوله قبلت او اشتريت اضافه الى نفسه ظاهرا ولم
يوافق اذن الموكل فلغت النية وان اجازه الموكل هل يقع له اي الموكل
قال المصنف الاقرب نعم لانه فعل فضولي وهو اهل لنفس الصيغة لاجازته من
له الاجازة وكلما كان كذلك وقع للمجيز والاولى ضرورية والثانية
مبينة عند المصنف البحث على تقديرها وانما قال الاقرب خلافا لمن ابطل
فعل الفضولي ولانه لم يقع له البيع مع الاجازة يكون البيع قبلها موقوفا

عليها فيبطل ان لم يجز في نفس الامر وهنا ليس كذلك لانه حكم على تقدير عدم
الاجازة بوقوع البيع للوكيل في نفس الامر والا لما حصل الجزم بشيء من العقود
ولهذا قدم المصنف البحث عن عدم الاجازة على البحث عنها وعندي في وقوع
البيع للوكيل في نفس الامر مع عدم الاجازة نظر لانه اضافه الى الغير ونفاه
عن نفسه فكيف يقع له في نفس الامر بل الحق انه يقع في الظاهر للوكيل والبائع
لم يكلف الا بالاحكام وقوعه للوكيل والا لزم تكليف ما لا يطاق واما مع الاجازة
فالحق عندي انه يقع للموكل بالنسبة الى الوكيل لا الى البائع الا ان يصدقه
ويرضى به هذا تحقيق هذه المسألة **قال** دام ظله ولو اذن في تزويج امراة فزوجه
غيرها او زوجه بغير اذنه فالاقرب الوقوف على الاجازة **اقول** من قال ببطلان
عقد الفضولي في النكاح لانه لا يمكن وقوف النكاح على الاجازة قال ببطلانه ههنا
لان ذكر الزوج شرط في النكاح لقصد اعيان الازواج بخلاف البيع ومن قال بصحته
وتوقفه على الاجازة وقفه هنا والاصح البطلان **قال** دام ظله والاقرب الزام
الوكيل بالمهر او نصفه **اقول** قال الشيخ في النهاية يلزم الوكيل المهر لانه غرها
وقال في المبسوط يثبت نصف المهر وبه قال ابن ادريس ثم قوى بعد ذلك ما قاله
الشيخ في النهاية احتج الشيخ على الاول بان المهر يثبت بالعقد ولا يتنصف
الا بالطلاق ولم يحصل فيجب الجميع وعلى الثاني بما رواه عمر بن حنظلة عن الصادق
عليه السلم في رجل قال لاخر اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قاولت من صداق
او ضمنت من شيء او شرطت فذلك رضا لي وهو لازم لي ولم يشهد على ذلك فذهب
فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه فلما رجع اليه
انكر ذلك كله قال يغرم لها نصف الصداق وذلك انه هو الذي ضيع حقها
الحديث وقال بعض علمائنا لا مهر على الوكيل للاصل ولانه لم يفوت عليها شيئا
وقيل اذا انكر الموكل الوكالة فالقول قوله مع اليمين فاذا حلف بطل العقد
ظاهرا ولا مهر ثم الوكيل ان كان صادقا وجب على الموكل طلاقها ونصف المهر وهذا
هو الاقوى وسيأتي البحث في هذه المسألة **قال** دام ظله اما لو عرفت الزوجة
انه فضولي فالوجه سقوط المهر مع عدم الرضا **اقول** لما بين ان مدعي
الوكالة اذا زوج من زعم انه موكله نيابة عنه ولم يثبت يلزمه نصف المهر
بين في هذا الكلام شرط لزومه وهو ان تكون المراة جاهلة بانه
فضولي

فضولي ولو علمت انه فضولي لم ترجع عليه بشيء لانها التي ضيعت والقائلون بلزوم المهر
او نصفه للوكيل اطلقوا القول باللزوم ولم يشترطوا جهلها والحق اختيار المصنف
هنا **المطلب الرابع في الضمان قال** دام ظله ولو وعده بالرد ثم
ادعاه قبل الطلب لم يسمع منه الا ان يصدقه الموكل وفي سماع بينته بذلك اشكال
اقول اذا طلب الموكل من الوكيل العين التي له في يده ووعده الوكيل بردها
اليه ثم ادعى تلفها قبل الوعد لم تسمع دعواه لانها مناقضة لقوله الاول ولزمه
الضمان وان اقام بينة على دعواه ففي سماع بينته اشكال ينشأ من مساواة البينة
اقرار الخصم ولو اقر الموكل بالتلف قبله قبل ولم يغرم فكذا البينة ومن انه بوعده
بالرد كذب هذه البينة لمناقضة الوعد بالرد ودعوى التلف قبله وكلما كذب
المشهود له شهوده لم تسمع بينته ولان كل بينة تسمع لمن له اهلية الدعوى فانها
تستند على تقديم دعوى من يقيمها فاذا لم تسمع الدعوى لفسادها فهي كالمعدومة
فتستقل البينة من غير دعوى وهو باطل وفي التعليل بالتناقض اقوى لان سماع البينة
على هذا التعليل لترتبها بالاداء فهو تعليل بعدم شرط يمكن وجوده ولتمامها
عند حاكم آخر على القول به والتعليل بالتناقض تعليل ببطلانها من اصلها والاصح
عندي بطلان بينته ويحتمل عود الضمير في قوله ثم ادعاه الى الرد والتقريب كما
سبق والتناقض هنا اظهر **قال** دام ظله ويستقر الضمان على الوكيل والاقرب
ضمان المأذون فيه **اقول** اذا امر شخص آخر بقبض دينار من جملة ماله الذي وديعة
عنده بمشقة وامر المودع بتسليم الدينار اليه فسلم اليه المودع دينارين مثلا و
كل منهما عالم بالزيادة ضمن الزيادة الوكيل والمودع الدافع لتعديه بالدفع و
القابض لتعديه بقبضه وهل يضمن القابض الدينار المأذون فيه قال والدي
المصنف الاقرب ذلك ووجه القرب انه انما امره بقبضه منفردا اعني غير مخلط فلم
يفعل المأذون فيه فقبضه هنا غير مأذون ويحتمل عدمه للاذن في قبضه
والخلط ليس منه والاصح الاول **قال** دام ظله ولو كان وكيلا في قضاء الدين
فلم يشهد ضمن على اشكال **اقول** قال الشيخ في المبسوط يضمن اذا دفع في غيبته
لانه امره بقضاء مبرئ ظاهرا وباطنا ولم يفعل ذلك ولان بالاشهاد
حفظ مال الموكل وفي تركه تعريض للتلف ويحتمل عدمه لانه امره بالقضاء
وقد فعل والجاحد غاصب والاصح الاول **قال** دام ظله ولو تلف

المبيع في يد الوكيل بعد ان خرج مستحقا طالب المستحق البايع او الوكيل
او الموكل الجاهلين ويستقر الضمان على البايع وهل للوكيل الرجوع على
الموكل اشكال **اقول** الوكيل في شراء عين شخصية الى قبض المبيع وتلف
في يده ثم ظهر استحقاقه لغير البايع فللمستحق مطالبة البايع بقيمة المبيع او مثله
لانه الغاصب والوكيل بقيمته لقبضه مال الغير بغير اذنه ولحصول التلف
في يده وهي يد ضمان وعلى الموكل لان الوكيل سفيره ويده يده فتخير المستحق في
مطالبة ايهم شاء ويستقر الضمان على البايع مع جهل الوكيل والموكل
قطعا وهل يرجع الوكيل على الموكل لو رجع المستحق عليه على هذا التقدير اي على
تقدير جهلهما قال المصنف فيه اشكال ينشا من ان الموكل غار والوكيل مغرور
والمغرور يرجع على الغار دون العكس ومن انه بظهور فساد العقد بالا
ستحقاق صار الوكيل اجنبيا قابضا لغيره بغير حق وحصل التلف في يده والموكل
غير قابض ولا متلف مباشرة ولا تسبيبا والاصح الاول **المطلب الخامس**
في العيب **قال** دام ظله ولو قبض الثمن لم يكن مضمونا فان رد المبيع عليه بعيب
عاد الضمان لانتقاء العقد المزيل له على اشكال **اقول** ومن انه نقض مبتدا
ولاستحالة اعادة المعدوم عند ابي الحسين وكثير من الفقهاء نفاة المعتزلة
ولم يوجد ما يوجبه واستحالة الحدوث من غير سبب وهو الاصح لان بالدفع
الى المشتري برئ واليد المتجددة ليست عادية **قال** دام ظله وبعزل الوكيل
لو لم يعلم العزل لا على راي **اقول** شرط ابن الجنيد في انعزاله علمه لاستحالة
تكليف الغافل لانه حكم شرعي والحكم الشرعي لو لزم المكلف قبل علمه لزم تكليف
ما لا يطاق الغافل ولانه حرج وقواه الشيخ في الخلاف وشرط في النهاية وابو
الصلاح وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس وقطب الدين الكيدري العلم او الاشهاد
احتج ابن الجنيد برواية هشام بن سالم عن الصادق عليه السلم انه قال ان الوكيل
اذا وكل ثم قام عن المجلس فامره ماض ابدا والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة
بثقة يبلغه او يشافهه بالعزل ووجه اختيار المصنف هنا ان قضية الجواز
من الطرفين بطلانه بالفسخ مطلقا ولانه لولاه لكانت لازمة من ذلك الطرف
وبطلان التالي يستلزم بطلان المقدم ولانه لو اعتق العبد الذي وكله
على بيعه او عتقه لانعزل وكذا لو باعه فاذا لم يعتبر العلم في العزل
الضمني

الضمني ففي صريح العزل اولى وفيه نظر للفرق بعدم القابل في الضمني ضرورة ولا ايراد
انه هنا لعدم شرط الفاعل لانه اول المسئلة فهو مصادرة على المطلوب قال لو
لو جاز نسخ الاعلام لجاز النسخ بغير الاعلام لانه رفع جواز فعل ما دل فيه
بعد ثبوته بدليل شرعي متاخر عن دليل ثبوته وهو شرعي ايضا قلنا النسخ
تكليف والوكالة ليس بتكليف فان الوكيل لم يجب عليه امتثال امر الموكل
فلا تتم الملازمة والعلم هنا بالبينة فلا نص بتعينه والوجه عندي الاول
قال دام ظله ولو وكله في بيع عبده ثم اعتقه عتقا صحيحا او باعه كذلك بطلت
الوكالة ولا بطل مع فساد بيعه او عتقه مع علمه ومع جهله اشكال **اقول**
ينشا من انتفاء السبب ومن القصد الى سبب العزل الحاد ما ابطله ... وذلك كاف والتحقيق ٢
ان قصد السبب هل يستلزم قصد المسبب الحق ذلك مع العلم بالسببية بجهلها ان كان بالفساد
مع علمه بسببية الصحيح للعزل انعزل وان كان جاهلا بالسببية لم ينعزل لانه
لم يقصد بذلك العزل ولا احبه هكذا قال المصنف ونعم ما قال **قال** دام
ظله والاقرب في التدبير الابطال **اقول** لانه انتقال الملك الى ... وفاته ثم
يعتق بالوفاة وهو مضاد لنقله عنه واثبات السبب يستلزم ابطال الضد ويحتمل عدمه
لعدم لزومه ولعدم منافاته ملك البيع والنقل والوكيل كالموكل والاصح الاول
قال دام ظله وللعبد وله ان يتصرف بالاذن مع جهل الموكل ومع علمه اشكال
اقول الوكالة جائزة من الطرفين فاذا عزل الوكيل نفسه انعزل والوكالة شيء مركب
من الاذن العام في الفعل ومن الخصوصية التي تميز بها عن باقي اقسامه والعزل
يقتضي رفع الوكالة وهو لا يستلزم رفع جميع اجزاء المركب فالاذن الصادر من الموكل
باق بعد العزل ان كان الموكل جاهلا بعزل الوكيل نفسه وان علم بعزل الوكيل
نفسه ففي بقاء الاذن اشكال ينشا من انه مع علمه وتقريره يكون بمنزلة صدوره
منه فيبطل الاذن ومن وجود مطلق رضا الموكل بفعله واذنه فيه ولم يوجد
ما يرفعه من طرفه والاصل بقاء ما كان على ما كان بخلاف عزل الموكل فانه
يدل على رفع الاذن عرفا دلالة ظاهرة **قال** دام ظله وجحد الوكالة مع العلم
معارضة لها على اشكال **اقول** ينشا من انه حكم بعدمها دائما وهو ابلغ من ان
الرد ويستلزم الاقرار بصدورها والانكار ينافيه ومنافي اللازم مناف
للملزوم فلا يكفي نفيه ولا يستلزمه ولانه لا يفعل بطلان هذا الكلام فلا يوثر

وهو الاصح قال دام ظله وفي كون انكار الوكيل الوكالة فسخا نظر اقول
ينشأ من ان انكار الوكيل الوكالة انكار لما يتوقف ثبوته على وجودها والفسخ
كذلك فنفي الوكالة نفي للفسخ فلو كان فسخا لاجتمع النقيضان ولان الفسخ
اقرار بها فلو كان الانكار فسخا لكان الانكار اقرارا هذا خلف ومن انه
قد ينفيها مطلقا فيقتضي الحكم بنفيها في المستقبل وهذا معنى الفسخ ولان
البقاء كرفع الوجود ورفع الاصل يستلزم رفع الفرع والاصح الاول الفصل الثالث
في التنازع وفيه بحثان الاول فيما تثبت به الوكالة قال دام ظله ولو
شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله في بيع عبده مع جاريته فقد
ثبتت وكالة العبد فان شهد باتحاد الصفقة فاشكال اقول من حيث
اتفاق الشهادة على الوكالة في بيع العبد ولا يسمع انفراد احدهما في الزيادة
واتحاد الصفقة زيادة ومن التنافي والحق الثاني لانه كلما توقف على مجموع
من متنافيين كان الحكم محالا والحكم بالبينة موقوف على صحة مجموع الشهادتين
وهما متنافيان فان احدهما يشهد ببيع العبد وحده والآخر ينفي بيعه وحده
قال دام ظله وكذا لو شهدا بالوكالة وحكم بها الحاكم ثم شهد احدهما بالعزل تثبت
الوكالة دون العزل والاقرب الضمان اقول لانه اتلاف حصل بشهادته
ومن عدم الحكم بالكذب وعدم الرجوع البحث الثاني في صور التنازع قال دام ظله
ولو زوجه امرأة فانكر الوكالة ولا بينة حلف المنكر والزم الوكيل المهر وقيل النصف وقيل
يبطل العقد ظاهرا ويجب على الوكيل الطلاق او الدخول مع صدق الوكيل ثم لو ضمن
الوكيل المهر فالوجه وجوبه اجمع عليه ويحتمل نصفه اقول الاول قول الشيخ
في النهاية وابن البراج وقطب الدين الكيدري لانه اقرار اخرج بضعها عن ملكها بعوض
لم يسلم لها فكان عليه الضمان فانه كمن اقر باخراج ملك عن غيره بعوض لم يسلم له
لتفريطه ضمنه والثاني قوله في المبسوط لرواية عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام
وقد تقدم واختاره ابن ادريس واما مع ضمان الوكيل فالوجوب ظاهر ووجوب
الجميع لانه عقد صحيح لم يتعقبه الطلاق بل هو اولى في عدم وجوب الزائد
لانه لم يحكم الشارع بثبوته ابتداء والاصح النصف وقد ذكر المصنف هذه المسألة
فيما تقدم واختار فيما تقدم ضمان الوكيل لكنه لم يذكر النصف او الكل
وهنا قد اختار ان كان الوكيل قد ضمن المهر احتمل وجوبه كله ويحتمل نصفه
وقد

وقد ذكرنا الوجهين والثالث نقله شيخنا نجم الدين بن سعيد رحمه الله قال
دام ظله وكذا لو كان الحق دينا على اشكال اقول اذا كان للغائب دين على
حاضر فحضر زيد وادعى انه وكيل الغائب في استيفاء الدين من المديون
فصدقه المدعى عليه لم يؤمر بالتسليم اليه على اشكال ينشأ من انه اقر بحق الاستيفاء
فيلزمه الدفع كما لو اقر انه وارثه ومن حيث انه يسلم لا ببرائه فلا يجب كالعين وكما
لو اقر انه وصي الطفل والاول قول ابن ادريس والثاني قول الشيخ في الخلاف
وهذه المسئلة تبنى على ان من عليه حق هل له الامتناع من ادائه حتى يشهد [?] قلنا
بوجوب [?] لم يلزم بالدفع فانه اذا لم يلزمه الدفع لا يبرئ ظاهرا الى المالك فاولى الحكم بوكيله الذي
والا لزمه الدفع والاقوى عندي عدم الزام الحاكم بالاداء لانه انما اقر بامره بالحاضر
مال الغائب لا بمال نفسه والاقرار بحال والا لزم الحكم على الغير باقرار غيره
والثاني محال لانه انما يدفع مال الغائب ولانه اقر بالاعم من وجوب التسليم ولا
يلزم من ثبوت الاعم ثبوت الاخص ويتفرع على ذلك انه اذا انكر لم يستحق
احلافه فاما العين فلا يلزم بالدفع اليه قطعا لان حق الغائب منحصر في العين والدين
او كلي لا يتعين بالدفع الى المدعى قال دام ظله ولو ادعى احالة الغائب عليه
فصدقه احتمل قويا وجوب الدفع اليه اقول لانه مقر بالحق في ذمته فيقبل بالنسبة
اليه وليس يعين ومن حيث انه اقرار على الغير والاصح الاول لانه اقر باستحقاقه
في ذمته واقرار العقلاء على انفسهم جائز وفرق بين هذه والسابقة لان الوكيل انما
يستوفي لموكله فاقراره باستحقاق اليد على مال الغير ولم يقر له بمال في ذمته
بخلاف هذا فانه يستوفي لنفسه واقر باستحقاقه المال وعلى الاول له احلافه
قال دام ظله ولو قال الغريم للوكيل لا تستحق المطالبة لم يلتفت اليه لانه مكذب
لبينة الوكالة على اشكال اقول ينشأ من ان عدم الاستحقاق قد يكون بالابراء
او العزل وقد يكون بغير ذلك فهو اعم من مكذب البينة والعام لا يستلزم الخاص ومن انه
مناف لمقتضى البينة لانها تقتضي استحقاقه فلا تسمع قوله بغير حجة قال دام ظله
فان قال ان كانت الجارية لي فقد بعتكها او قال الوكيل ان كنت اذنت لك في شرائها
بالعين فقد بعتكها فالاقرب الصحة لانه امر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله
شرطا اقول ويحتمل ضعيفا عدمه لانه شرط ولانه اقر بانتفائه وتعليق البيع
على شرط كاذب عنده فالبيع باطل بيع العاقد فبيع الحاكم للاستيفاء

العزامة والكفيل إلى آخره قال دام ظله فلو ادعى الوكيل رد العين أو ثمنها
قدم قول الموكل على رأي وقول الوكيل إن كان بغير جعل على رأي أقول
الأول اختيار ابن إدريس للأصل والخبر والثاني قول الشيخ في المبسوط
وابن البراج لأن الوكيل لا يقبل منه دعوى الرد إلا ببينة فكذا الوكيل
لما ذكرناه في المعنى المقتضي لذلك أما الأولى فلقوله تعالى وإذا
دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم ولو كان قوله مقبولاً لما أمر بالإشهاد
وأما الثانية فظاهرة لأنهما أمينان قبضا المال لنفع المنوب ولعدم الفارق
وأجيب بأن الأمر للإرشاد أو الندب والملازمة ممنوعة والقياس باطل
واتحاد طريق المسألتين ممنوع وعدم الفارق نصاً ممنوع وعدم الوجدان
لا يدل على العدم ولأنه قبض المال لمنفعة غيره دون منفعته فهو كالمودع
والأقوى الأول قال دام ظله ولو ظهر في المبيع عيب رده على الوكيل دون
الموكل لأنه لم يثبت وصول الثمن إليه والأقرب رده على الموكل أقول قال
الشيخ رحمه الله إذا ظهر في المبيع عيب رده إلى الوكيل دون الموكل لأنه لم
يثبت وصول الثمن إليه وقال المصنف الأقرب أنه يرجع إلى الموكل ووجه
القرب أنه ملكه والوكيل نائب عنه في البيع وقبض الثمن وإن المشتري أمره
بدفع الثمن إلى البائع وقد فعل ما أمر به فلا يضمن والبحث إنما هو مع ثبوت
الوكالة شرعاً والأصح عندي اختيار المصنف وقول الشيخ وتعليله ضعيفان
قال دام ظله ولو أقر بقبض الدين من الغريم قدم قول الموكل على إشكال
أقول ينشأ من أنه ملك شيئاً فيملك الإقرار به ومن حيث أنه إقرار في حق الغير
والأصح الأول وإلا لزم الحرج وهو منفي بالخبر ولأنه حرج وهو منفي بالآية ولأنه
أقامه مقام نفسه في القبض فيكون الوكيل كذلك في الإخبار به ح ه ح

المقصد السابع في السبق والرماية وفيه مطلبان الأول في السبق
قال دام ظله والسابق هو المتقدم بالعنق والكتد وقيل بالأذن وهو الحق
أقول الكتد بفتح التاء وكسرها والأشهر الأول وهو مجتمع الكتفين من
أصل العنق والظهر والقول الأول هو المشهور عند الجمهور من الأصحاب
وهو اختيار ابن إدريس والمصنف وهو أيضاً اختيار الشيخ الطوسي في كتبه والقول
بالأذن هو قول ابن الجنيد فإنه قال يخط في النهاية خط محضر فأيما
خرج

خرج من الخيل بطرف أذنيه قبل صاحبه حكم لصاحبه بالسبق وكذلك الرواية على مع
عن أمير المؤمنين عليه السلام إذا أخرج رسول الله صلى الله عليه وآله والصحيح في
صاحبه للخبر يرجع إلى العرف أي صاحب الفرس وقول الشيخ هو الأصح احتج
ابن الجنيد بقول النبي عليه السلام بعثت والساعة كفرسي رهان كاد أحدهما
أن يسبق الآخر بأذنه والجواب أنه مجاز ثم رد الشيخ قول ابن الجنيد بأن أحد
الفرسين قد يرفع عنقه قليلاً وكان هو السابق كانت أذن للآخر أسبق
وفي هذا الباب مطلبان الأول في الشرائط قال دام ظله أ العقد
ولا بد فيه من إيجاب وقبول وقيل إنها جعالة تكفي فيها الإيجاب وهو البذل أقول
المسابقة بذل عوض في مقابلة عمل صاحبه في الركض والرمي فصاحبه أجير
له وهو المستأجر ولاشتراط علم المعقود عليه من الجانبين وفيه نظر لأنه مشترك
بينهما قال دام ظله ولا تصح المسابقة بالطيور إلى قوله وفي تحريم هذه مع الخلو
عن العوض نظر أقول ينشأ من قوله عليه السلام لا سبق إلا في نصل أو خف أو
حافر روي بسكون الباء وبفتحها فعلى الأول نقول اختلف الأصوليون في نفي
الفعل فقيل نفي المشروعية لأنها أقرب إلى الحقيقة وقيل يكون مجملاً لاحتماله لنفي
المشروعية ولنفي الفضيلة فعلى هذين القولين يحرم أما الأول فظاهر وأما الثاني
فللاحتياط ولأنها مشابه اليمين والمنازعات وقيل يعم نفي الفضل فلا يدل
على التحريم ويبقى أصل الإباحة ونقل أنه عليه السلام فعل المسابقة بالقدم وعلى الثاني
وهو فتح الباء يدل على تحريم العوض لا على تحريمها والأصح الأول لأن المسابقة
لاستعداد الجهاد وليس هنا وفعل النبي للمسابقة بالقدم ممنوع لضعف سنده
قال دام ظله ولو شرط المال لمن يسبق في وسط الميدان فإشكال أقول
ينشأ من أنه لو اعتبر السبق في خلال الميدان لاعتبر السبق بلا غاية معينة
فإنه إذا سبق في وسط الميدان لم يحصل الغرض التام حينئذ إلى الغاية فيكون الغاية
أحدهما لكن الثاني باطل لأنها معاوضة لم ترد هذه الجهالة فيها فيتفق على
ما جعله الشارع سبباً ولأنه عليه السلام سابق من الحفياء إلى ثنية الوداع
على الخيل المضمرة ومن الثنية إلى مسجد بني زريق على الخيل غير المضمرة
فعين المبدأ والمنتهى ومن أنه كالسبق إلى الغاية وحصول الغرض
والأول أصح لأن من الخيل ما يقوى سيره في الابتداء ثم يضعف وصاحبه
يبغي قصر المسافة ومنها ما يضعف سيره في الابتداء ثم يقوى وصاحبه يبغي

طول المسافة ويختلف الغرض فلا بد من تعيين المبدأ والمنتهى ويستبان بالاعلام
ليقطع النزاع كالاجرة قال دام ظله ولو تساويا جنسا لا وصفا فالاقرب
الجواز اقول لتناول اسم الجنس للصنفين ومن حيث بعد ما فات بينهما في السبق
كالعربي والبرذون قال دام ظله د جعل العوض للسابق منهما الى
قوله وهل يجوز جعله للمصلي لو كانوا ثلثة نظر اقول النص على انه لا يجوز
جعله للمسبوق اذ الفائدة المترتبة على السبق لا اجل عدمه ويجوز للسابق وله
ليجمعا في المصلي اذا كانوا ثلثة فان لكل واحد سبق ولا يتاخر حذرا من خلوه
من كونه سابقا او مصليا فيحصل الغرض ولاصالة الجواز والاصح انه لا يصح
لان المجعول عليه حينئذ ضد السبق قال دام ظله وكذا الاشكال في
جعل قسط للفسكل اقول من حيث ان كل واحد يسعى في تحصيل الاكثر
فلا ينافي الغرض ومن ان حصوله يقتضي تكاسله عن المبالغة في السبق وهو منافي
لغرض المسابقة والاصح عدم الصحة قال دام ظله والاقرب عدم اشتراط
التساوي في الموقف اقول للاصل ولزيادة حرص المتاخر وامكان السبق
معه ويحتمل عدمه لانه مع التفاوت لا يعرف فروسية الفارس وجودة سير
الفرس لاحتمال كون السبق لقصر المسافة **المطلب الثاني في الاحكام**
قال دام ظله عقد المسابقة والرماية لازم كالاجارة وقيل جائز كالجعالة
وهو الاقرب اقول الاول قول ابن ادريس لعموم اوفوا بالعقود والثاني قول الشيخ
في المبسوط والخلاف لانه صيغة الجعالة ولانها لو لزمت لبطلت لعدم تحقق
القدرة على تسليم المعقود عليه وكل عقد لازم على ما لا يتحقق القدرة على تسليمه
فهو باطل وبطلان التالي يدل على بطلان المقدم واللام للعهد والمراد العقود
اللازمة وهو الاصح قال دام ظله ولو مات الفارس فللوارث الاتمام على
اشكال اقول لان العقد تناول شخصا معينا وقد فات لانه مات فبطل
ومن ان حقوق الميت تنتقل الى الوارث لعموم الاية والاتمام حق له والاقوى
عندي البطلان لانه وضع لتمرين الفارس والفرس واختبارهما قال دام
ظله فللفاضل الفسخ لا المفضول على اشكال اقول هذا فرع على كونها
لازمة او جائزة فنقول اذا قلنا بجوازها فلكل الرجوع قبل الشروع
وبعده قبل ظهور فضل احدهما بل مع تساويهما واما بعده فلصاحب الفضل
الرجوع

الرجوع قبل الشروع وبعده وقبل ظهور فضل احدهما بل مع تساويهما واما بعده لانه
اسقاط بعض حقه واما المفضول ففيه اشكال ينشا من انه لو جاز لفات غرض
المسابقة فانه متى تحقق سبق صاحبه فسخ العقد ولانه كلما له ذلك فالقول
قوله فيه فيكون القول قول مدعي الفسخ والخلف ومن جوازها وفيه الجائز
ذلك والاصح انه ليس له الفسخ بعد الشروع بل قبله قال دام ظله فان فسدت
المعاملة بكون العوض ظهر خمرا رجع الى اجرة مثله في جميع ذلك او الى قدر السبق
وقيل يسقط المسمى لا الى بدل ولو فسد لاستحقاق العوض وجب على الباذل مثله او قيمته
ويحتمل اجرة المثل اقول اذا فسد عقد المسابقة لفقد شرط في السبق المعين
في العقد فاما ان لا يكون له قيمة في شرع الاسلام ولا يملك ككونه خمرا او يكون
له قيمة في شرع الاسلام ويمكن تقويمه فهنا مسئلتان ذكرهما المصنف في
هذا الكلام اما آ ففيها قولان ذكرهما المصنف هنا الثاني منهما قول الشيخ
لانه لم يملك شيئا ولا فائدة عمله ترجع اليه بخلاف ما اذا عمل في الاجارة او الجعالة
الفاسدتين فانه يرجع العامل الى اجرة المثل لان فائدة العمل ترجع الى المستاجر
والجاعل واختاره ابو القسم بن سعيد والاول اختيار المصنف لان كل عقد يستحق
المسمى في صحيحه فاذا وجد المعقود عليه في فاسده وجب عوض المثل كالاجارة
لانه بصحة الاجارة عليه علم انه مملوك لصاحبه مقصود في المعاوضة متقوم وفي الفاسد
ينصرف الى الاجر فيبقى التبرع ب وهو ان يكون له قيمة شرعا ويمكن تقويمه كالوخرج
مستحقا فيحتمل استحقاق مثله ان كان مثليا والا فقيمته لانهما تراضيا على
هذا العوض وقد تعذر فله ما يقوم مقامه والاصح اجرة المثل لان العقد الفاسد
لا عمل فيه لولا هذا الخلل لوجب اجرة المثل قال دام ظله ولو قال الاجنبي من سبق
فله عشرة فلهم سبق استحقها ولو جاؤا جميعا فلا شيء لاحدهم ولو سبق اثنان
او ازيد تساووا ويحتمل ان يكون لكل واحد عشرة اقول المراد عشرة مطلقة
والاول قول الشيخ في المبسوط واختاره ابو القسم بن سعيد ومنشا القولين ان
من في المجازاة للعموم كما بين في الاصول فهو بمنزلة كل فهل يحمل على الكل المجموعي
او على كل واحد واحد الشيخ حملها على الاول لانه انما بذل عشرة
لا ازيد ولا يلزم اكثر منها كما لو قال كل الناس فله عشرة ولانه المفهوم
عند الاطلاق ولان الاصل عدم الزائد ولان الحكم المعلق بصفة لا

ومشترکة بينهما وقال المصنف يمكن حملها على الثاني فكأنه قال كل سابق
بسابق له عشرة لأنه المفهوم من إطلاق من ولأن الحكم في القضية الكلية على
كل واحد واحد وهكذا جرى استعمالها في اصطلاح العلماء في كل علم والأصح
الأول لأصالة براءة الذمة والثاني قوي أيضاً لصدق المحمول على كل واحد
بتمامه لأن عدم سبق غيره عليه معتبر في السابق وهو السبق لا سبقه على الكل
وإلا لم يستحق أحدهم شيئاً **قال** دام ظله ولو قال من سبق فله عشرة ومن صلى
فله خمسة فسبق خمسة وصلى خمسة فللخمسة عشرة أو لكل واحد على الاحتمال
وللتالية خمسة أو لكل واحد ويحتمل البطلان على الأول لإمكان تسعة
فيكون لكل واحد من السابقين درهم وتسع وللمصلي خمسة **أقول** وجه الأول
أصالة الصحة ووجود الشرط وهو التفصيل في الجعل ويحتمل البطلان لأن إمكان
تفضيل المسبوق على السابق ولو على بعض التقادير مبطل للعقد لأنه وضع لنفي
جميع الوجوه المبطلات احتمالاً ويقيناً **الباب الثاني** في الرمي وفيه
مطلبان **الأول** في الشروط **قال** دام ظله يشترط العلم بعدد الرشق وهو
شرط في المحاطة قطعاً وفي المبادرة على إشكال **أقول** شرطه في المبسوط
وابن إدريس وأبو القسم بن سعيد فيهما لأنه العمل المقصود المعقود عليه
ولكون غايته دقيقاً فيه معلومة منتهية إليه ويحتمل عدمه في المبادرة
لأن الاستحقاق متعلق بالبدار إلى العدد المشروط والحاجة تمام العدد
معه وهذا هو الأقوى عندي لأصالة عدم الاشتراط وعلى القول باللزوم يجب
تعيين العدد وإلا لوجب استمراره حتى يسبق أحدهما وقد يحصل وهو محال
قال دام ظله ولو أطلقاه فالأقرب حمله على المحاطة **أقول** لأن الإطلاق
يحمل على مسمى الإصابة وهو القدر المشترك بين الكل وكلما عداه زائد لابد
عليها اللفظ بإحدى الدلالات الثلاث وشرط الشيخ في المبسوط في صحة
العقد العلم بصفة الإصابة فعنده يبطل الإطلاق لعدم شرط المطلق
ولأن المحيط لا يستقل بالترجيح من غير مرجح والأول أقوى **قال** دام ظله ولا
وجوبها كإصابة الحاذق وإخطار ما يبذ والوجه صحة الأخير لفائدة
التعليم **أقول** وجه الاحتمال إطلاق الأصحاب ولأن الغرض الأقصى
الجد والجهد في المسابقة وليس هنا والأصح الصحة لفائدة التعليم ونصح
له

له **قال** دام ظله والنادر الأقرب صحته لتعذر أربع مائة **أقول** وجه القرب
أنه عقد على المنام وهو ممكن ولأن الجهد فيه أكثر والقطع وكلما تحقق الغاية بدمج
فيما أكثر كان أولى بالصحة ومن حيث إن النادر لم يعتبره الشارع وإنما يحمل على
الغالب والغالب التعذر فلا يتجه والأصح الأول **المطلب الثاني** في
الأحكام **قال** دام ظله فإن عقد النضال جماعة على أن يتناضلوا حزبين
احتمل المنع لأن التعيين شرط والجواز فيقسم لكل حزب رئيس يختار واحداً
من الجماعة والآخر آخر في مقابله الأول يختار للأول ثانياً وهكذا **أقول** يجوز المناضلة
بين حزبين لما روي أن النبي صلى الله عليه وآله مر بحزبين من الأنصار يتناضلون وعم
أحدهما إني لا أدع فأمرهم فهل يجب أن يعين طائفة كل زعيم قبل العقد ليقع
العقد بينهم أم لا يجب قيل بالأول والباشاشاد المصنف بقوله احتمل المنع لأنه لا يجوز
التزام الرماة في الذمة بل تعيين الرامي شرط ولأنه لولاه لوقع النزاع وقيل بالجواز
لما يأتي وإنما جعل الطريق الانقياد والتراضي فيختار أحد الزعيمين واحداً والآخر
آخر وهكذا لأن القرعة لا مدخل لها في المعارضات ولأنها قد تجمع لأحدهما كل
الحذاق وكذا الحسن كل من الزعيمين الكل ذا تعقل حقه ولأدائه إلى النزاع
وكلام المصنف هنا ظاهر ووجه الجواز أصالة الصحة ووجود الشرط وهو تعيين
الرامي وهو الأصح **قال** دام ظله فإن شرط الزعيم أن يستعين على نفسه الرامي حريز سنين
وإن كان عليهم بالتسوية ويكون للآخر بالتسوية من أصاب ومن لم يصب ويحتمل
القسمة على قدر الإصابة **أقول** وجه الأول أن الجمع بمنزلة الواحد لاشتراكهم
في العقد الذي أوجب ... فيه ووجه الثاني أن للاستحقاق سبب الإصابة
فكان لمن صدرت الإصابة منه على قدرها والفرق بينه وبين المعقول خيب
ثابت وإن اختلفوا في الخطأ لأن سبب الاستحقاق النضل وهو بالإصابة
المشروطة ولو من واحد من الحزب وعدمه إنما يتحقق بعدمها عن كل واحد
واحد وعلى الكل وهم متساوون فيه ويحتمل عدم غرم المصيب الذي لو أصاب
غيره مثله لنضلوا لأن سبب الغرم ليس منه **قال** دام ظله ولو أخطأ العارض
مثل كسر قوس أو قطع وتر أو عروض ريح شديد لم يحسب عليه ولو أصاب
ففي الحساب به له نظر **أقول** ينشأ من تحقق المحمول عليه وهو الإصابة

وقد حصلت للنهاية مع هذا التعارض بل اشد من انه لم يحتسب عليه فلا يحتسب عليه
له مع الاصابة لان المانع اسقط اعتباره ولجواز ان صرف الريح الشديد السهم
المحطي عن خطائه فوقع مصيبا فالاصابة بالريح اذن **قال** دام ظله ولو شرط
الخاسق فمرق حسب له ولو خرقه حسب عليه ولو ثقبه ثقبا يصلح للخسق ووقع
بين يديه فالاقرب احتسابه **أقول** الاصابة المجردة هي القرع والخرق هو
ان يثقب الغرض ولا يثبت فيه والخسق هو ان يثبت فيه والخزم هو ان يصيب
طرف الغرض فيخرمه والمروق هو ان يثقب ويخرج من الجانب الاخر اذا عرفت
ذلك فنقول كلما شرط صفة من هذه الصفات التي توصف الاصابة
بها اذا فعل المرتبة الاعلى منها استحق الجعل فاذا شرط الخاسق فمرق حسب
له لان المروق اعلا من الخسق وثبوت السهم في الغرض ليس مقصودا لذاته فاذا
مرق وخرج من تلك الجانب فقد اتى بالاعلى فاستحق الجعل ولو اتى بالاقل لم يحصل
له الجعل لانه لم يات بالشرط فاذا شرط الخاسق فخرق كان من الخطا لانه اقل
من المشروط ولو ثقبه ثقبا يصلح للخسق ووقع بين يديه فقيه وجهان اقربهما
الاحتساب لان المقصود الاصابة وفتح الغرض وقد حصل وعدم الثبوت
في الغرض لابد على الضعف لجواز كونه لسعة الثقب فهو من جودة الرمي وثانيهما
عدمه لان الثبوت ماخوذ من مفهوم الخاسق ولان ثبوته لحذق الرامي ولانه لولاه
لصار الخاسق مساويا للخارق ولاختلاف مفهوم اسميهما يوجب اختلاف حكمهما
قال دام ظله ولو وقع في نقب قديم وثبت احتمل الاحتساب له وعدمه **أقول**
لانه لم يحرق الخاسق بحرق وهو اختيار الشيخ في المبسوط ومن حيث ان السهم
في قوته بحيث يخرق لو اصاب موضعا صحيحا وقال المصنف في التذكرة ان
عرف قوة السهم بحيث يخرق احتسب خاسقا والا فلا والاصح انه يحتسب له ولا
يحتسب عليه ايضا لانه لانه لم نعلم خطاؤه **قال** دام ظله ولو شرط اطعام
الحزب فالوجه الجواز **أقول** الناس في عقد السبق على ثلثة اقوال آ صحتهما
وهو ما اختاره المصنف هنا وهو اختيار بعض المتاخرين ب للاصل بطلانهما
معا اعني النضال والشرط وهو اختياره في المبسوط لان عوض العمل
للعامل ولعدم مساواة عن الثابت له وبطلان الشرط موجب لبطلان
المشروط

المشروط وهو الاصح ج صحة النضال وبطلان الشرط موجب لبطلان المشروط
وهو اختيار الشيخ في الخلاف وقواه في المبسوط **قال** دام ظله ولو شرط ما
يحاب القرب وذكر لحق القرب جاز وان لم يذكر احتمل الفساد والتنزيل
على ان للاقرب يسقط للابعد كيف كان **أقول** احتساب القرب جعله
كالمصيب والمراد القرب من الغرض ويحتمل ان ينزل على ان كل سهم يكون اقرب
من الغرض يسقط للابعد منه كيف كان وهذا قول بعض الفقهاء الجانب
وقال انه معتاد بين الرماة فاذا ما لوا انهم في عشرين رمية على ان للاقرب يسقط
للابعد فمن فضل له خمسة فهو ناضل وهو نوع من المحاطة فاذا نافي القرب
والبعد فلا ناضل ولا منضول ووجه الاول الجهالة وعدم الضبط لان القرب
والبعد اضافيان مختلفان باعتبار ما يسابقان اليه ويمكن صدقهما على
واحد بالقياس الى شيئين فاذا لم يضبط ما اليه تحقق الجهالة ووجه الثاني انه
يمكن حمله على ذلك والاصح البطلان **قال** دام ظله ولو شرط اسقاط من يحكم
القرطاس بين ما حوا اليه احتمل الصحة والبطلان لتعذره **أقول** وجه الجواز
الاصل ولانه قد التعويض على الحذق ووجه المنع ما ذكره المصنف من تعذر
حصوله وسط القرطاس واصابته اتفاقية والاصح الاول ومعنى هذا الشرط
ان اصابة المركز يسقط ما اصابه ما حوا اليه اي ما حوالي المركز **قال** دام ظله
ولو انكسر نصفين فاصاب المقطع الذي فيه الفوق حسب له وان اصاب بالنصل
حسب للاخر فاشكال **أقول** منشاه من انه لم يبق فيه حامل الوتر واعتماده
المفروع بالوتر انما هو النصف الذي فيه الفوق ومن حيث ان استناده
مع الانكسار يدل على جودة الرمي وغاية الحذق فيه لحصول المشترط

كتاب الوقوف والعطايا

وفيه مقاصد **المقصد الاول** الوقف وفيه فصول
الاول في اركانه وهي ثلاثة مطالب **الاول** الصيغة **قال** دام ظله وحبست
وسبلت على راي **أقول** هذا اختيار الشيخ في الخلاف وابن زهرة وقطب
الدين الكيدري وذهب في المبسوط الى انه صريح وتوقف لاغير وعبر العلم
به الا بدليل واختاره ابن ادريس وهو الاصح عندي لاصالة بقاء الملك
على صاحبه وعدم خروجه الا بوجه شرعي ولا عرف شرعي هنا سوى لفظ

الوقف لاشتراك المتواطي بينه وبين غيره والموضوع للقدر المشترك لا دلالة له على
شيء من الخصوصيات بشيء من الدلالات نعم لو انضم اليه القرائن صار كالصريح
اذا قصد المعاني ولاستعمال امير المؤمنين عليه السلم اياه حيث كتب
بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن ابي طالب وهو حي سوي علي ع
تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي
يرث السموات والارض واسكن هذه الصدقة خالاته ما عشن وعاش عقبهن
فاذا انقرضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين احتج الشيخ بان حبست وسبلت
ثبت لهما عرف الاستعمال بين الناس وانضم الى ذلك عرف الشرع لقول النبي صلى
الله عليه وآله ان شئت حبست اصله وسبلت ثمرته ولا كذلك غيرهما فتوقف على المطلوب
قال رحمه الله ولو رده بطل به ولو سكت ففي اشتراط قبوله اشكال اقربه ذلك
وكذا المولى اقول منشأه من انه ليس للانسان ولاية ادخال الملك في ملك غيره تبرعا باعتاق
لفظي ابتداء في ملك عينه لغير رضاه بغير ولاية شرعية وصححه العقول ومن عدم اشتراط
الاصحاب له ويكفي في الاحتياط الاخير وقيل يبنى على انتقال الملك وعدمه فعلى
الثاني لا يشترط القبول كالاباحة ويحتمل اشتراطه لانه يملك المنافع كالا
جارة وان قلنا بانتقاله الى الله تعالى فلا يشترط القبول كالعتاق
ولانه عتق محض فيه وعلى قولنا انه ملك الموقوف عليه يشترط ووجه
الفرق انه تمليك منفعة او عين فلا بد له من سبب موجب وليس له ولانه
تمليك غيره كما تقدم فلا بد فيه من فعلها لانه السبب وهو الاقوى قال
رحمه الله اذا ساقه الى بطون تنقرض غالبا فالاقرب انه حبس يرجع اليه او الى
ورثته بعد انقراضهم اقول هنا مسألتان آ الصحة والفساد فقال
الشيخان وابن الجنيد وسلار وابن البراج وابن ادريس يصح الوقف وقال ابن
حمزة يكون حبسا بلفظ الوقف وقيل لا يصح الوقف ولا الحبس والاصح صحته
حبسا لنا انه نوع تمليك وصدقة فيتبع اختيار المالك في التخصيص وغيره كغيره
صورة النزاع وللاصل ولان تملك الآخر ليس شرطا في تملك الاول والا
لتقدم المشروط على الشرط ولرواية ابي بصير عن ابي جعفر عليه السلم بوصية
فاطمة بحوائطها السبعة الى علي بن ابي طالب عليه السلم فان مضى علي فالى
الحسن فان مضى فالى الحسين فان مضى الحسين فالى الاكبر من ولدي

واعرضه

واعترضه المصنف بحملها على الاسلم بعدم القرائن وحملها لقوله عليه السلم حلالان
متصلان الحبيس احتج المانع بان مقتضى الوقف التأبيد فالمنقطع وقف على
المجهول فيبطل كالابتداء والجواب المنع من الصغرى والفرق ظاهر ب
اختلف الشيخان في حاله بعد الانقراض فقال المفيد يرجع الى ورثة
الموقوف عليهم واختاره ابن ادريس وقال الشيخ يرجع الى ورثة الواقف
واختاره سلار وابن البراج وهو لازم من كلام ابن البراج وهو الصحيح
وقال ابن زهرة يرجع الى وجوه البر لنا انه وقف على قوم باعيانهم فلا يتخطى
الى غيرهم لقول العسكري عليه السلم الوقوف بحسب ما يوقفها ان شاء الله
ولان جعفر بن حيان سأل الصادق عليه السلم عن رجل وقف غلة له على قرابته
واوصى لرجل ليس بينه وبينه قرابة من تلك الغلة بثلثمائة درهم كل سنة
ثم ساق الحديث فان مات كانت الثلثمائة درهم لورثته الى ان قال فان انقطع
ورثته ولم يبق منهم احد كانت الثلثمائة درهم لقرابة الميت والظاهر ان الوصية
بالوقف والا لم يكن لورثة الموصي شيء احتج المفيد بان الوقف انتقل عن الواقف
فلا يعود اليه الا بسبب ولم يوجد ولانه صدقة فلا يرجع اليه قال رحمه الله ولو
ابده على احد تقدير دون آخر مثل ان تقف على اولاده وعقبهم ما تعاقبوا
فان انقرض العقب والعقب له فعلى الفقراء ولو انقرض الاولاد والعقب
لهم فعلى اخوته واقتصر كان حبسا على التقدير الثاني وفي الاول اشكال
اقول منشأه من انه وقف معلق على شرط اذ لو لم يوجد العقب لم يكن وقفا
والتعليق بالشرط الا ذلك وكل وقف معلق على شرط باطل ومن انه يصح في الثاني
اذ اقل مراتبه ان يكون حبسا وقد حصل شرط للاستمرار بعدم ولانه
شرط سائغ مشروط به في نفس الامر والاصح الصحة وهو اختيار افضل المحققين
نصير الدين الطوسي لاشتراك الوقف والحبس انما تميزان بالتأبيد وعدمه
ولهذا صح الوقف المنقطع الاخير والبطلان اذ لا معصية في الحال
وحمل على الحبس قال رحمه الله لو وقف على من سيولد ثم على المساكين
او على عبد ثم على المساكين فهو منقطع الاول فيحتمل الصحة كمنقطع
الاخير والبطلان اذ لا مصرف له في الحال اقول الاول مذهب

الشيخ في الخلاف وقواه في المبسوط وقال والذي تقتضيه مذهبنا
بطلان الوقف واختاره المصنف في المختلف وهو الاصح عندي لنا الوجه
اللزوم اما صحة الوقف مع انقراض الموقوف عليه او رجوع الوقف المشروط
او عدم جريان الوقف على حسب ما شرط الواقف لانه حالة الوقف ان لم يكن
هناك موقوف عليه فهو لاغٍ وان كان وليس ممن لا يصح الوقف عليه
اجماعا فيكون كالبطن الثاني واما ان يحكم بالوقف من حين العقد
وهو مخالف للشرط او بعد انقراض الاول فهو وقف معلق على شرط وبطلان
التالي باقسامه ظاهر واحتج الشيخ في الخلاف بانه ذكر نوعين
احدهما لا يصح الوقف عليه والاخر يصح فيصح فيمن يصح اذ لا دليل على
ابطاله ولا مانع منه **قال** دام ظله والقبض شرط الحول وفي اشتراط
فوريته اشكال **اقول** منشأه من انه كالقبول في باقي العقود وفي كونه
شرطا في اعتبار الايجاب فلا يتأخر عنه ولان تأخر شرط ما بين الايجاب
عنه على خلاف الاصل لان الايجاب اذا وجد قبل شرط تأثيره فلا بد
له وعند وجود الشرط بعده ولا اثر له فلا يصح الا في موضع ورد
فيه النص ولم تعلم ثبوته هنا ومن رواية عبيد بن زرارة عن الصادق
عليه السلام انه قال في رجل تصدق على ولد له قد ادركوا فقال اذا لم
يقبضوا حتى يموت فهو ميراث علق البطلان على عدم القبض المستمر الى
الموت فلا يكون غيره شرطا والا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة
والاصح الثاني وظاهر كلام ابي الصلاح انه لا يشترط الفورية فانه ان
وقف على المصالح العامة والمساجد ومات قبل التسليم لزم فلم يشترط
القبض هنا فان وقف على معين ومات قبل التسليم فهي وصية **قال** دام
ظله ولو وقف مسجدا او مقبرة لزم اذا صلى فيه او دفن صلوة صحيحة
للاقباض والاقرب ان يقبض الحاكم كذلك **اقول** الاقرب عند المصنف
هو الاصح عندي لانه الولي هنا للاستيفاء ولانه في الحقيقة وقف
على المسلمين وهو وليهم ويحتمل عدمه لعدم النص عليه اذ لم يذكره
الا الاول **قال** دام ظله ولو وقف على نفسه ثم على غيره فهو منقطع
الاول

الاول ولو عطف بالواو فالاقرب اختصاص العقب بالنصف وبطلان النصف
في حقه **اقول** وجه القرب انه لم يجعل للعقب اكثر من النصف لان العطف يقتضي
التساوي والتشريك ولانه اضاف وقف المجموع الى المجموع من حيث هو
مجموع فلا يعطى لواحد ويحتمل ان يكون الكل للعقب لان العطف بالواو
يقتضي تساوي النسبة والموقوف هو المجموع من حيث هو مجموع فهو يقتضي
ثبوته لكل واحد واحد منهما ولان الموقوف عليه بيان مصرف المنافع في
الملك لله تعالى والواقف على اختلاف الرأيين وهذا لا يحتمل على هذين القولين
انما الحكم بالتنصيف للتمانع ولا تمانع هنا فيكون الكل للعقب ولان كل جزء
يفرض فنسبته اليهما واحدة وانما اختص باحدهما لتجرده دون الآخر لمنعه حق
الآخر والضرورة ولا مانع هنا والاصح الاول والفرق بينه وبين منقطع
الاول ان منقطع الاول ليس في الطبقة الاولى ما يصح فيه بخلاف هنا
قال دام ظله ولو شرط نقله عن الموقوف عليهم الى من سيوجد بطل على اشكال
اقول منشأه من ان وضع الوقف على اللزوم واذا كان الموقوف عليه في معرض
السقوط فلا لزوم ومن انه يصح صرف الريع مدة الى هذا وبعد ذلك الى غيره ولانه
لو وقف على ولده سنة ثم على المساكين صح اجماعا ولانه يصح اشتراط نقله مع تعاقب
وضعه فكذا مع تجدده لذلك لانه في الحقيقة تغيير صفة فانه وقف عليهم ما داموا
منفردين ولانه يصح اخراجهم عن البعض والوقف في الكل متساو فاخراجه في البعض
صح في البعض الآخر والا لكان الوقف مقولا بالتشكيك فيكون في البعض اقوى
منه في البعض الآخر وهو باطل اجماعا اما المقدمة الاولى فلرواية عبد الله بن الحجاج
عن الصادق عليه السلام في الرجل يجعل لولده شيئا وهم صغار ثم يبدو له ان يجعل معهم
غيرهم من ولده قال لا بأس وعن محمد بن سهل عن ابيه قال سألت ابا الحسن الرضا
عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك
ان يدخل معه غيره من ولده قال لا بأس وفيه نظر فان الصدقة قد لا تكون
وقفا والمقدمات الباقية بينة وذهب الشيخ الى البطلان للاخراج والنقل
وادعى الاجماع وهو الاصح **قال** دام ظله وكذا لا اشكال لو قال على
اولادي سنة ثم على الفقراء **اقول** وجه الاشكال ما قاله على

أنّ الموقوف عليه هل يملك أم لا فإن قلنا بملكه لم يتّجه هذا فإنّا إذا ملّكناه لا
يخرج إلا بمخرج ولم يرد الملك الموقت في الشرع بخلاف مدّة حياته فإن الحيوة
شرط في الملك وإن قلنا على حكم الله إذا الواقف صحّ لأنه بيان مصرف منافع
وادّعى المصنّف في تذكرة الفقهاء الإجماع على صحّته ثم لما سألناه عن هذا
الإشكال فرّ بما ذكرناه والأصحّ الصحّة قال دام ظله ولو وقف
على أصاغر أولاده لم يجز له أن يشارك غيرهم مع الإطلاق على رأي أقول
ذهب الشيخ في النهاية إلى الجواز وقال ابن البراج إن شرط لنفسه دون غيره
ممن عيّنه أن يزيد فيه هذا الذي للأولاد فإنه يجوز أن يدخل غيرهم في ذلك
والأصحّ أنه لا يجوز مطلقًا لنا قول العسكري عليه السلام الوقوف بحسب ما
يوقفها أهلها ولأنه عقد لازم فلا يجوز تغييره والأولى لم يكن لازمًا وما رواه جميل بن دراج
قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل تصدّق على ولد له بصدقة وهو صغار له
أن يرجع فيها قال لا الصدقة لله واحتجّ بعضهم للشيخ برواية عبد
الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يجعل لولده شيئًا وهم صغار
ثم يبدو له أن يدخل معهم من ولده قال لا بأس والحجّة ضعيفة لعدم دلالتها
على الوقف المطلب الثاني في المتعاقدين قال دام ظله ويجوز أن يشترط
النظر لنفسه وللموقوف عليه وللأجنبي فإن لم يعيّن كان إلى الموقوف عليه إن قلنا
بالانتقال إليه أقول لأنه ملك الموقوف عليه أصله وغلته وأما على
القول بأنه لله تعالى فالنظر للحاكم الشرعي وبالجملة فهذه المسألة مبنيّة على
السابقة قال دام ظله ولو قال هو وقف بعد موتي احتمل البطلان
لأنه تعليق والحكم بصرفه إلى الوصيّة بالوقف أقول لأنه أبلغ من قوله
قفوا هذا بعد موتي ولاستعماله في الوصيّة كثيرًا وهو الأصحّ لأنه تصرّف
مالي معلّق بالموت وهذا معنى الوصيّة قال دام ظله ولو وقف على
المؤمنين فهو للاثني عشريّة وقيل لمجتنبي الكبائر أقول الأول قول سلار وابن
إدريس وحكاه عن الشيخ في التبيان والثاني قول الشيخ في النهاية فإنه
قال يكون لمجتنبي الكبائر من أهل المعرفة بالإمامة دون غيرهم ولا يكون
للفسّاق منهم معهم شيء على حال وكذا قال المفيد وابن
البراج

البراج وابن حمزة وقال سلار يكون للإمامية ولم يشترط العدالة ويبنى ذلك على
تفسير الإيمان ما هو فذهبت الإمامية إلى أن العمل جزء من الإيمان وصاحب
المكلّف المؤمن وهو اختيار المفيد وقال بعض المتكلمين الفاسق له منزلة
بين المنزلتين لا كافر ولا مؤمن وتحقيق هذه المسألة مذكور في الكتب الكلامية
والحق عندي أن الإيمان هو التصديق بالقلب واللسان وأن العمل ليس
جزءًا ولا شرطًا فيه وهذا هو اختيار والدي المصنف وأكثر المتكلمين وشيخنا
نجم الدين بن سعيد وأقول كلام الشيخ يقتضي دخول الفاسق في لفظ المؤمن عند
الإطلاق في العرف قال دام ظله ولا يعطى من انتسب إليه بالأم خاصة على رأي
أقول قد مضت هذه المسألة في الخمس قال دام ظله ولو وقف على الجيران فهو
لكل من يصدق عليه عرفًا أنه جار وقيل لمن يلي داره إلى أربعين ذراعًا من كل
جانب وقيل إلى أربعين دارًا أقول الأول قول بعض الأصحاب والثاني قول
الشيخين وأبي الصلاح وسلار وابن البراج وابن إدريس وابن زهرة وابن حمزة
وقطب الدين الكيدري والثالث قول بعض الأصحاب أيضًا لرواية عائشة عن النبي
عليه السلام أنه سئل عن حدّ الجوار فقال إلى أربعين دارًا والأصحّ الأول لأن الشرع
يحمل على العرف في غير الحقيقة الشرعية قال دام ظله وفي وقفه على الذمي
خلاف والأقرب المنع في الحربي والصحّة في المرتد عن غير فطرة أقول البحث هنا
في وقف المسلم على الكافر فنقول قال بعض الناس يجوز الوقف على الذمي مطلقًا
حكاه الشيخ في المبسوط وذهب الشيخ في المبسوط إلى الجواز معلّلًا إذا كان
قريبًا للمعتق وجوّز المفيد الوقف على الكفار إذا كانوا أقارب سواء الأبوان
وغيرهما وهو اختيار الشيخ في النهاية وأبي الصلاح وابن حمزة ومنعه سلار
وابن البراج مطلقًا وقال ابن إدريس يصحّ على الوالدين الكافرين دون غيرهما من الأقارب
وغيرهم فتارة سوّغه على الأقارب مطلقًا ثم أخرى منعه واضطرب في هذه
المسألة احتجّ الأولون بقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين
ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرّوهم وتقسطوا إليهم وبقوله عليه السلام على كل كبد
حرّى أجر احتجّ الفرقة الثانية بالأمر بصلة الرحم والمنع من مودّة الكافر
يحمل على الأجنبي لجواز تخصيص الكتاب بالسنّة عندنا ولما روي أن صفيّة

بعث حتى دخله النبي عليه السلام وقف على اخ لها هو حي والحجة فيه امره عليه السلام او تقريره
ولم يثبت احتج المانع مطلقا بان الوقف مودة ولا شيء من الكافر يجوز موادته
لقوله تعالى لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حاد الله ورسوله
ولو كانوا اباءهم او ابناءهم او اخوانهم او عشيرتهم نهى عن موادة الكافر وان كان ابا او اخا
القائل بالجواز على الوالدين خاصة من البر بالابوين وقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا
معروفا فاوجه القرب في الحربي ما ذكرنا من الادلة على المنع ولان كل من يصح
عليه الوقف ماله معصوم والحربي لا شيء من ماله بمعصوم لاباحة اخذه قهرا فلا شيء
من يصح الوقف عليه بحربي ووجه الصحة في المرتد عن غير فطرة انه بحكم المسلمين ووجه المنع
الكفر والاقوى عندي انه لا يصح على الكافر مطلقا **المطلب الثالث** في الموقوف **قال**
ودائم طلقه ولا ما لا يصح تملكه كالخنزير ولو وقفه الكافر على مثله فالاقرب الصحة
اقول وجه القرب انه يصح نقله الى مثله بالبيع فجاز بالوقف ويحتمل البطلان لانه
لا يصح التقرب بمثله ومن شرط الوقف التقرب هذا لفظ المصنف والاصح عندي
البطلان **قال** ودائم طلقه ولا ما لا يملكه الواقف كملك الغير وان اجاز المالك
فالاقرب اللزوم **اقول** وجه القرب انه عقد صدر من عاقل بالغ رشيد
في محل قابل للنقل والاجازة من المالك شرط المقتضي وارتفع المانع فصح ويحتمل المنع لعدم
التقرب بملك الغير وهو الاقوى **قال** ودائم طلقه وفي الدراهم والدنانير اشكال
اقول منشاؤه انه هل يصح ان يكون لها منفعة حكمية معتبرة في نظر الشرع مع
بقاء عينها ام لا **الفصل الثاني** في الاحكام **قال** ودائم طلقه ثم ان
كان مسجدا فهو فك ملك كالتحرير وان كان على معين فالاقرب انه يملكه
وان كان على جهة عامة فالاقرب ان الملك لله تعالى **اقول** اختلفوا في الوقف
هل ينتقل عن ملك الواقف ام لا فالظاهر من كلام ابي الصلاح انه لا ينتقل الرقبة
عن ملكه لقوله عليه السلام حبس الاصل وسبل الثمرة ولجواز ادخال من يريد
مع صغر الاولاد ولو انتقل لم يجز ذلك والصغرى قد مر والكبرى ظاهرة
والحق انتقاله عنه وهو مذهب الاكثر لان الوقف سبب قطع تصرف الواقف
في الرقبة والمنفعة فوجب ان يزول ملكه عنه كالعتق ولانه معناه ثم
اختلف القائلون بالانتقال فذهب الشيخ في المبسوط وابن ادريس
الى

الى انتقاله الى الموقوف عليه وهو الاصح لانه مال لثبوت احكام المال فيه ولهذا
يضمن بالقيمة فكان مملوكا كام الولد وليس للواقف ولا لغيرهما من الناس
فهو للموقوف عليه وبعض بواري المسجد الاتي فانها تضمن بالقيمة وملكها
لله لا للمتأخرين ولما رواه علي بن سليمان النوفلي قال كتبت الى ابي جعفر عليه السلام ٢
اسأله عن ارض اوقفها جدي على المحتاجين من ولد فلان بن فلان الرجل
يجمع القبيلة وهم كثير متفرقون في البلاد وفي ولد الموقف حاجة شديدة
فسألوني ان اخصهم بهذا دون من سواهم او لمن الرجل الذي يجمع القبيلة فاجاب
ذكرت الارض التي اوقفها جدك على فقراء ولد فلان وهي لمن حضر البلد الذي
فيه الوقف وليس لك ان تتبع من كان غائبا فاللام للملك والمحكوم عليه هو الارض
لا منفعتها لانها المذكورة اولا ولقول ابي الحسن انتقاله الى الله تعالى وحكاه
في المبسوط عن قوم لان كل وقف صدقة وكل صدقة فهي لله تعالى اما الصغرى فقد
صرح بها الشيخ في النهاية حيث قال الوقف والصدقة شيء واحد ولان علي بن سليمان
كتب الى ابي الحسن عليه السلام جعلت فداك ليس لي وارث ولي ضياع ورثتها من ابي
وبعضها استفدتها ولا امن الحدثان فان لم يكن لي ولد وحدث بي حادث
فما ترى جعلت فداك ان اوقف بعضها على فقراء اخواني او المستضعفين
او ابيعها واتصدق بثمنها في حياتي عليهم فاني اتخوف ان لا ينفذ الوقف بعد موتي فان
اوقفتها في حياتي فلي ان اكل منها ايام حياتي ام لا فكتب عليه السلام فهمت كتابك في
امر ضياعك فليس لك ان تاكل منها من الصدقة الحديث وسمى الوقف صدقة ولاستعمال
ابي عبد الله عليه السلام لفظ الصدقة في الوقف في رواية ابي الصباح وكذا استعمله
علي عليه السلام لفظ الصدقة في الوقف في رواية علي بن عبد الله عن ابي عبد الله
عليه السلام واما الكبرى فلرواية جميل بن دراج الصحيحة قال قلت لابي
عبد الله عليه السلام رجل تصدق على ولد له بصدقة وهم صغار اله ان يرجع فيها قال
لا الصدقة لله وحده وتركه ونبوه لله تعالى في الجهة العامة وهو الاصح لتساوي
نسبة كل واحد اليه واستحالة كل واحد واحد منهم لاستحالة الترجيح
بلا مرجح والاجماع ولا المجموع من حيث هو مجموع لاختصاص الحاضر وواحد غير
معين لان الملك نسبة واضافة معينة فلا يكون محلها مبهما وليس حكمه كالمباح

فهو لله تعالى وقد قيل باشكال انحلال عن ملك الادميين واختصاصهم ويحتمل ان
يكون ملكا للموقوف عليه وهو الكلي لما تقدم في المسجد والرباط يكون لله
اجماعا لا انتقال الملك عنهما **قال** دام ظله ولو لم تقع خلفة ولا اخشى خرابه بل كان
البيع انفع لهم لم يجز بيعه الا على راي **اقول** هذا اختيار ابن ادريس وعليه
اكثر علمائنا العلماء وقال الشيخ المفيد يجوز تغيير الشرط في الوقف الى غيره
عملا بالرواية وما رواه علي بن مهزيار في الصحيح قال كتبت الى ابي جعفر عليه السلم ان
فلانا ابتاع ضيعة فاوقفها وجعل لك في الوقف الخمس ويسال عن رايك في بيع
حصتك من الارض او تقويمها على نفسه بما اشتراها او يدعها موقفة لك فكتب عليه
السلم الي اعلم فلانا اني امره ببيع حقي من الضيعة وايصال ثمن ذلك الي وان ذلك راي
ان شاء الله او تقويمها على نفسه ان كان ذلك اوفق له والاصح الاول والجواب
عن الرواية بحملها على عدم تمام الوقف وظاهرها يدل عليه **قال** دام ظله ولو
انقلعت نخلة قيل جاز بيعها على عدم تمام الوقف وظاهرها يدل عليه **قال**
دام ظله **اقول** والاولى المنع مع تحقق المنفعة بالاجارة للتسقيف وشبهه
اقول الاول قول الشيخ في الخلاف قال لانه لا يمكن الانتفاع بها بهذه النخلة
الا على هذا الوجه والثاني قول ابن ادريس لان الوقف يقتضي دوام الاصل مع بقاء منفعته
وبمجرد بطلان قوى النباتية التي فيها وعدم ثمرتها لا يلزم زوال كل منافعها لامكان منه
علها جسرا او نحو توقا وغير ذلك واعلم ان الحق انه متى فرض لها منفعة ما
مع بقائها لم يجز بيعها لان الوقف للتابيد ما دامت هذه الخشبة الخاصة موجودة
لا ما دامت صفة النخلة الموصوفة بحياة النبات قال المصنف في المختلف ونعم ما قال
لا نزاع بينهما لان دليل الشيخ يدل على جواز بيعها مع انتفاء سائر المنافع فيها وابن ادريس
فرض وجود منفعة ومنع بيعها لوجودها وما ذا ينفعل بالثمن قال ابن الجنيد يشترى
به ما يكون وقفا والبحث فيه مذكور في موضعه **قال** دام ظله ولو شرط بيعه
عند التضرر به كزيادة خراج وشبهه وسواء غيره بثمنها او عند خرابه وعطلته او
خروجه عن حد الانتفاع او قلة نفعه ففي صحة الشرط اشكال **اقول**
ينشا من قول ابي عبد الله عليه السلم في رواية جعفر بن حيان واذا رضوا
كلهم وكان البيع خيرا لهم باعوا فاذا جاز بغير شرط الواقف فبه اولى
ومن ان الوقف للتابيد والبيع ينافيه والاصح انه لا يقع بيع الوقف بحال والرواية
ضعيفة

ضعيفة فان جعفرا واقفي لا نعتمد على روايته **قال** دام ظله ومع البطلان
ففي ابطال الوقف نظر **اقول** وجه الفسخ ان العقود المتضمنة للشرط كانت
معلقة عليها اما هي عقود ومشروط وبطلان احد الجزئين لا يستلزم بطلان الاخر
ويحتمل البطلان لانه انما اوقفه على هذا التقدير ولا يعلم رضاه بدونه ولم يحلل
على وقوعه بدونه بالحديث الدال لان والفرق بينه وبين المعاملات ان للشرط فيه حلا
في العوض وهيهنا نوع تمحض **قال** دام ظله ونفقة المملوك على الموقوف عليهم ان
كان ذا كسب على راي **اقول** الموقوف عليه اما جهة عامة اولا والاول النفقة
في كسبه والثاني يكون على معين وهو مراد المصنف هنا فقال في المبسوط تكون في كسبه
اذا لم يشترطها او شرطها في كسبه لان الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه وهو
موقوف على بقاء عينه وانما تبقى بالنفقة فيصير كانه شرطها في كسبه وقال المصنف
انها على الموقوف عليه وهو الاصح عندي لانها تابعة للملك والعين والمنافع
ملك للموقوف عليه والشيخ في المبسوط سلم انه ملك الموقوف عليه وعلى تقدير انتقاله ٢
الى البيان جعلنا معلى مستحق المنافع كالحبس الخاص والموصى بخدمته فعليه هنا
والاولى الاصح في كسبه فلا يملك الموقوف عليه بقدر نفقته فلا يجب عليه فطرته وعلى الاول
بانه لله تعالى قيل على بيت المال كمعتوق سلوب المنافع لزمانه والاصح في كسبه
وكذا لو جعلناه للواقف ولو عجز الكسب فعلى بيت المال ان كان الملك لله او
للواقف ولم يكن موجودا او كان معسرا او على العقار حيث شرط الواقف والا
نفي غلته فان قصر بيت المال **قال** دام ظله ولو جنى ما لا تتعلق بكسبه ان
قلنا بعدم الانتقال وكذا ان كان على الساكنا وعلى المعمر والا فعلى الموقوف عليه
لتعذر بيعه على اشكال ينشا من ان المولى لا يعقل عبدا والارش الكسب
اقول اقوال فقهائنا العاملين في هذه المسئلة منحصرة في خمسة **آ** تعلق مال الجناية
بكسبه وهو اختيار الشيخ في المبسوط والمصنف هنا لا انه مال الجناية لا يتعلق ٢
برقبته لان الموقوف عليه لا يباع وكل من تعلق المال برقبته بيع فالعبد الموقوف
لا يتعلق مال الجناية برقبته وهذه حجة الشيخ في المبسوط ولا يطرد ذم امر عالم
ولا يعقل المولى عبدا فيتعلق بكسبه **ب** انه يتعلق ببيت المال **ج** يتعلق على الواقف
د انه يجب في مال الموقوف عليه قال الشيخ في المبسوط حرق قال يستقل الملك اليه

لعُنِيَ الموقوف عليه فهو في ماله ومن قال ينتقل الى الله تعالى قيل من مال الواقف
لانه الذي منع الرقبة من تعلق الارث بها وقيل في بيت المال كالحر المعسر ه ٢
انه يباع فيها وقد ذكره والد المصنف احتمالاً في المختلف لانه يُسبل في الجناية
فالبيع أولى والقول الرابع أنها في الوقف على المعين فالاصح عندي انه يتعلق بالكسب
لانه اقرب الاشياء الى رقبته ولانه يجمع بين الحقين قال دام ظله وليس للمجني
عليه استرقاقه في العمد على اشكال اقول منشأه ان الوقف لازم لوجود الحيوة
في الحيوان لان زواله ابداً لانه مقتضى التأبيد وهو مانع من تملك غير الموقوف
عليهم ما دام موجوداً فلا يتملكه ومن ان المولى يملك ابطال الوقف بابطال
الحيوة فيملكه مع بقائها لانه عفو وهو حسن مندوب اليه شرعاً والعموم
للاخبار الدالة على جواز تملك المولى للعبد الجاني عمداً قال دام ظله ولو
جنى عليه بما يوجب المال احتمل اختصاص الموجودين به فلهم العفو وشراء عبد
او بعض عبد بها يكون وقفاً اقول اذا قتل العبد الوقف فلا يوجب المال
كان قتله حراً اجنبي فعليه الجني عليه قيمته وهنا مسائل آ انما يتعلق بالقيمة
قال الشيخ في المبسوط قال قوم يشترى بها عبداً آخر ويقام مقامه سواء قيل
انتقل ملكه الى الله او اليه لان حق البطون الاخر يتعلق برقبته فاذا مات
اقيم غيرها بقيمتها مقامها ومنهم من قال ينتقل اليه القيمة قال وهو الاقوى
لانا قد بينا ان ملكه له والوقف لا يتناول القيمة لان موضوع الوقف
عين مخصوصة لا غير واختيار المصنف في المختلف الاول لعدم اختصاص البطن
الاول به ولهذا ليس للبطن الباقي عن الواقف العتق الاول في القيمة بدل العين
فملكها من ملكها على حد ما ملكها ويتعلق بها حق من يتعلق حقه بها
وملك البطن الاول ليس مطلقاً بل الى نهاية وهو حياته فكذا بدلها وقولهم
الوقف لا يتناول القيمة ان عني عدم دلالته بالمطابقة فمسلم لكن دلالته
لا انما ظ على الاحكام ليست مقصورة على المطابقة وان عني عدم دلالته
على حكمها بالكلية ممنوع لدلالته عليها بالاقتضاء لانها قائمة مقام العين
ولان حق الوقف اقوى من حق الرهن وهو يتعلق بالعوض فالوقف اولى
وهذا من دلالة مفهوم الموافقة والاصح الاول لبطلان عوض
الواقف

الواقف ب الثاني على أي أصحاب من يشترى هذا العبد الاولى الحاكم لانا
ان جعلناه ملكاً لله فظاهر وان جعلناه ملكاً للموقوف عليه فكذلك لانه
يتعلق حق البطون الباقية به والحاكم ولي للكل وكذا ان كان للواقف
وان تعذر فالموقوف عليه ويحتمل الموقوف عليه مطلقاً لانه مالك
له عندنا ويحتمل البائع لانه فان تعذر فحاكم او شبهه فالواقف او بعض
المؤمنين حسبة ج العبد المشترى هل يصير وقفاً بالشراء ام لا الاقرب عدمه خصوصاً
الاقوى الاول لانه بالشراء للمصرف يصرف الى الوقف ولانه كالرهن وعلى الثاني
يباشر ايقاعه من يباشر الشراء والاولى الحاكم د لو لم يف باشتراء عبد
عبد ولو فضل اشترى به اخر او شقص من اخر ه على اختصاص الفقهاء بالبطن
الاول لهم العفو وعلى العدم لا قال دام ظله ولو جنى عليه عبد بما يوجب
القصاص فان اقتص الموقوف عليه استوفى وان عفى فهل لمن بعده من
البطون الاستيفاء الاقرب ذلك ان لم يكن نفساً اقول لانه يتعلق به
حقهم بالفعل وهو فوته عليهم ولم يحصل حقهم للان نعم الجناية بل كان من
حين الوقف ومن حيث ان عوضه كان للاول على القول به والعفو انما
هو عن العوض اما اذا كانت نفساً فالبحث فيه كما مر والفرق بينه وبين النفس
ان عند القتل ينقطع الوقف على احد القولين وهو انه لا يشترى بقيمته
عيناً بل يكون بدله وقفاً وهنا لا ينقطع والاصح عندي ان لهم الاستيفاء
وما ذا يستوفون قبل الانه لتعلق العفو وقبل القصاص والاول اصح
قال دام ظله ولو اشترى الجاني او بعضه فهل يختص به او يكون وقفاً
اشكال اقول منشأه من ان الوقف انما تناول ملك العين وقد زال
وعدمت وهنا لم يوقف بالاول لعدم تناوله اياه بإحدى الدلالات ولانه
لو صرح بوقفه لم يصح فانه لا يصح وقف المعدوم اذ المعلق على شرط ولم يسمّ
فيه الملك والكل باطل ومن انه عوض الوقف واختص به الاول اذ منعه من اخراجه
لتعلق حق الثاني وهذه المسألة تبنى على انه هل يشترى بدل الوقف
ما يكون وقفاً اولا فعلى الاول يكون وقفاً وعلى الثاني يختص بالموجود خاصة
للجناية والاصح عندي انه يكون وقفاً وهذه المسألة قد تقدمت قال

دام ظله ولو انقرض هو ومولاه على الفقراء فهل يختص او يشترك به عقبا لكون
وقفا اشكال اقول منشاؤه ما تقدم قال دام ظله ولو مات البطن
الموقوف عليه قبل انقضاء مدة الاجارة فالاقرب البطلان هنا اقول اذا آجر
البطن الاول العين الموقوفة اجارة لا بانه شرط الواقف لعدم ناظر بشرط
الواقف صحت الاجارة فاذا مات فان قلنا ببطلان الاجارة اذا مات
الموجر في الطلق فهنا اولى وان قلنا بعدمه فيحتمل ذلك في الطلق والاقوى هنا بطلانها
وبه افتى لان ملكه واجارته واحكامه منوطة بحياته وبعدها لا يبقى شيء منها
لاستحقاق الثاني له عن الواقف لا عنه فظهر انه تصرف في المستقبل في ملك غيره
بغير اذنه فلم يقع ويحتمل ضعيفا عدمه لان الاعتبار في الاجارة بالملك حالها وهو
حاصل كالموروث والفرق ظاهر فان الوارث في الطلق انما يتلقى عن الميت وهنا يتلقى
عن الواقف لا عن الميت قال دام ظله ولو صيرت الامة ام ولد فمعه تنعتق
بموته وتوجد قيمتها لمن يليه من البطون على اشكال اقول الامة الموقوفة على معين
اذا وطئها موقوف عليه في مرتبته واستولدها فهنا مسائل آ هل تصير ام
ولد ام لا قلنا هذه المسئلة تبتني على ملكها فان قلنا ان الموقوف عليه لا يملكها
لم تصر ام ولد قطعا وان قلنا انه يملكها ففيه اشكال نشأ من انها علقت منه
بحر من مستحق ملكه والبيت في صيرورتها ام ولد للامة ام ولد لعلوقها بحر من مستحق
ملكه جزما منها حالة العلوق بوطئه حرا بالنص والاجماع ومن ان السبب هو
مسبب لملك التام المختص بالمالك المعين وللاختصاص هنا لان كلام تعلق حق
منها بالمحترمين على الاطلاق خصوصا على القول بانه يحرم الكل بالاتلاف فملكه ناقص
كالوقف على الفقراء اذا احبلها فقير ولانها تقوم عليه كلها بعينها بالاستيلاد
ولا شيء من ام الولد تقوم كلها على من هي ام ولد له والاولى ثابتة لان التابعة لسمو
من الاحكام الشرعية فانه ثابت في نفس الشرع واحكامه ذلك ولمنافاة
الوقف الاستيلاد والاصح انها تصير ام ولد لعموم النص فان الاستيلاد مبني
على التغليب كالعتق ب اذا قلنا تصير ام ولد تعتق عليه فيهما
قولا واحدا لانه اتلفها على من بعده من البطون بعد موته فحال الاتلاف لم يكن
في ملكه بخلاف ما لو اتلفها في حيوته لانه اتلفها على نفسه ولا يلحق فادته
في

القيمة شيئا لانها حال التلف ام لا تملكه بل ضمانها لغيره وهل يكون للبطن
التي يليه من البطون او للبطون هذا اشارات المصنف بقوله لمن يليه من البطون او يشترى
بها ما يكون وقفا فيه اشكال تقدم منشاؤه والاصح عندي انه يشترى بها
هذا اذا كان هو تمام الطبقة وان كان له مشارك هو اولى من الذي يليه
كان له ان يشترى به على الاشكال ج لو لم ان لم يكن من ارباب الوقف
فالحكم ما ذكرناه وان كان منهم في تلك الطبقة فهل يحتسب عليه القيمة
من نصيبه يحتمل ذلك لعموم النص ولانه يعتقها تقدير ملك الميت لها قبل موته ذكر
منها ويحتمل العدم لان الوقف يمنع منها ولا يستقل الى وجه حاصل الحية الملكة في
الاولاد وينبني هذه المسئلة في اصطلاح الفقهاء بمسئلة المبادى والبحث في
فيه الولد باي ما لا يصح انها تصير ام ولد قال دام ظله ويجوز تزويج الموقوفة
ومهرها للموجودين وكذا الولد ولدها ان كان من مملوك او زنا يختص به الموجودون
وقت الولادة على راي اقول ذهب ابن الجنيد الى انه يكون وقفا كامه
وقواه في المبسوط وقال فيه لان حكم كل ولد ذات رحم حكم امه كالمدبرة والاضحية
والهدى وفيه نظر لان الاستقراء غير مفيد للعلم والاصح قول المصنف
بانه نما ذكرنا فاشبه كسبها وثمرة البستان ولضعف الوقف فما بيناه لدلالة اللفظ
قال دام ظله ولو وقف مسجدا على قوم باعيانهم فالاقرب عدم التخصيص بخلاف
المدرسة والرباط والمقبرة اقول لانه ازالة ملك فهو كالتحرير فلا يقتضي
الاختصاص ولانه ملك لله ومن عموم قوله عليه السلام الاوقاف على ما اوقفها
والاصل الصحة والاصح عدم صحة الوقف والفرق بينه وبين المدرسة والرباط
الاجماع على جوازه فيهما ولان اسم المسجد لا يصدق حقيقة الا مع العموم بخلافهما
قال دام ظله ولو وقف على اولاده الذكور لم يدخل الخنثى على راي اقول
هذا اختيار الشيخ في المبسوط وابن الجنيد لانه يصح النفي على كونه ذكرا وانما يحمل
على الحقيقة لا على المجاز ولقوله تعالى ووصى بها ابراهيم بنيه ويعقوب يا
فانه من قرا بالنصب عطفا على بنيه وهو ابن ابنه والعطف يقتضي المغايرة
وفيه نظر فانه تذكير ويعقوب بالرفع عطفا على ابراهيم وعلى النصب
يكفي مغايرة الجزء للكل وقد جاء في قوله تعالى قل من كان عدوا لله
وملائكته ورسله وجبريل مع ان جبريل عليه السلام من الملائكة

يعقوب مع

وبرد ان المغايرة هنا بالشرف فان جبرئيل اشرف وقال المصنف وابن البراج
وابو الصلاح وابن ادريس يدخل الحفدة لقوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم
ان كان له ولد حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم يا بني اسرائيل والاصح الاول لان
الحقيقة اولى من المجاز وان كان اكثر ولو وجدت قرينة تدل على احد المعنيين
حمل عليه قال كلام طله ولو قال على اولادي واولاد اولادي اختص بالبطنين
الاولين على راي اقول الخلاف هنا كما تقدم قال كلام طله ولو قال على
من انتسب الي لم يدخل اولاد البنات على راي اقول الخلاف مع ابن ادريس
والمرتضى وقد مضى قال كلام طله ولو شرط اخراج بعضهن بصفة او
رده بعد جاز كقوله من تزوج منهن فلا نصيب له فلو تزوجت سقط نصيبها
فان طلقت عاد وان كان رجعيا على اشكال اقول منشأه من انها بحكم الزوجة
ولهذا ترث وتجب نفقتها ومن انها مطلقة والطلاق رفع النكاح ومنع
كونها بحكم الزوجة من كل وجه وايضا يصدق هنا ليست بزوجة بل هي مطلقة
وصحة النفي دليل المجاز وعند الاطلاق لا يحمل عليه وهو الاصح قال
كلام طله ولو وقف على الفقراء الى قوله الاقرب انه لا يجوز الدفع الى اقل من ثلثة
اقول لانه اقل الجمع وهو الاصح وقد حقق في الاصول وللاحتمال القول الاخر
ان اقله اثنان ولان الوقف على غير المحصور يكون لبيان المصرف والقصد فيه الصفة
مطلقا والاصح الاول ولو لم يكن في البلد الا ثلثة ووجد خارجه وجب الاتمام قال
كلام طله ولو امكنه في ابتداء الوقف استيعابهم ثم انتشروا فالاقرب وجوب
التعميم فيمن يمكن والتسوية لان الواقف اراد التسوية والتعميم لامكانه فاذا
تعذر تحقق ذلك وجب العمل بما امكن بخلاف المنتشرين ابتداء اقول ويحتمل
سقوط التعميم لتعذره واذا اكتفى بالبعض كفى اي بعض كان والاصح الاول
قال كلام طله ولو وقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز فهو منقطع
الانتهاء ولو انعكس فهو منقطع الابتداء فعلى قولنا بالصحة فان كان
الاول مما لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكنائس صرف في الحال
الى من يجوز الوقف عليه وان امكن اعتبار انقراضه كالعبد والحربي
فالانتقال في الحال او بعد الانقراض اشكال اقول الوقف اما
ان يكون متصلا دائما اولا والاول لا كلام في صحته والثاني اما
ان

تاسع عشر

ان يكون منقطع الاول او منقطع الآخر او منقطع الوسط والكلام هنا في الاول
في موضعين أ في صحته وبطلانه وفيه قولان تقدما ب على القول بالبطلان
لا بحث واما على القول بالصحة فمتى ينتقل الى المرتبة الثانية فنقول لا يخلو
اما ان يكون ممن لا يمكن اعتبار انقراضه او يمكن فان كان الاول انتقل
في الحال الى المرتبة الثانية وان كان الثاني قال المصنف فيه اشكال ينشأ من انه
لا مستحق له غيرهم وقد ملكوا الاصل والقابل ومن انه انما جعله لهم بشرط انقراض
من قبلهم ولم يحصل الشرط فيصرف الى الفقراء او الى اقرب الناس الى الموقوف
عليه او لا لانه اذا انقرض رجعت اليهم والاول احتمال الشيخ في المبسوط والثاني
حكاه عن قوم فيه وهذا مبني على قول من يقول بالصحة والاقوى عندي البطلان
قال كلام طله فان اطلق فالاقرب البطلان اقول اذا وقف على مواليه
وله موالي من اعلى ومن اسفل ولم يعين احدهما في لفظه ولا قصد ففي صحته خلاف
وقال والدي المصنف الاقرب البطلان ووجه القرب ان اللفظ المشترك
لا يحمل على كل معانيه دفعة عند الاطلاق وان كان بلفظ الجمع على ما حقق
في الاصول وهذا الدليل مبني على مقدمتين أ ان لفظ المولى مشترك بين المعتق
والمعتق بالاشتراك اللفظي البحث قال صاحب الصحاح المولى المعتق والمعتق وليس
مراد الواقف غير هذين المعنيين لانا التقدير ب اللفظ المشترك حال الجمع لا يحمل
على كل المعنيين وحمله على كل واحد منهما ترجيح بلا مرجح باطل قطعا فيكون بمنزلة
الوقف على احد شخصين وهذا باطل اجماعا وكذا ما نحن فيه لانه لازم له وقال في
المبسوط والخلاف وابن ادريس ينصرف اليهما لتناول اللفظ لهما كالاخوة والاقوى
البطلان لان اللفظ المشترك لا يحمل على مجموع المعنيين عند الاطلاق والا
لكان حقيقة فيه لانه من علامات الحقيقة وهو باطل والا لزم ان يكون كل لفظ مشترك
بين معنيين مشتركا بين معان لا تتناهى وقول الشيخ كالاخوة ان اراد به انه
مشترك بالاشتراك المعنوي كالاخ لانه اولى من الاشتراك اللفظي عارضناه
بالنقل عن اهل اللغة كما ذكره صاحب الصحاح وان اراد ان حكم الاشتراك
اللفظي من حمله حال الجمع على مجموع المعنيين كالاشتراك المعنوي فهو ممنوع والفرق
ظاهر وقال ابن حمزة اذا وقف على مولاه اختص بمولى نعمته دون مولى ابيه
وعلى مولاه الذي اعتقه دون مولى نعمته الا اذا لم يكن له مولى عتق وكان له مولى نعمة

وان قال على موالي دخل مولى العتاقة ومولى النعمة وهو مبني على ان لفظ المولى مقول
بالتشكيك ومقوليتها على الذي اعتقه هو اولى من ولي نعمته وانه يحمل لفظ الجمع
عليهما لا انفال البحث هنا في الجمع المضاف فيعم ومعنى العموم استغراقه
لما يصلح له وهو صالح للكل لما نقول العام هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح
له بحسب وضع واحد لخروج المشترك قال دام ظله واذا وقف على اولاده
فاذا انقرضوا وانقرض اولاد الاولاد دخل الفقراء قيل يصرف بعد اولاده اولاد الى اولاد
اولاد وليس بجيد بل يكون منقطع الوسط اقول قوله قيل اشارة الى قول قوم
ونقله الشيخ في المبسوط على الاخير والحق ما اختاره المصنف لانتفاء الدلالات
الثلاث واحتجوا بانه لم يشترط انقراضهم عرفا على رجوعه اليهم وهو ممنوع
واما على القول بان لفظ الاولاد يتناول اولاد الاولاد [illegible] لانه ينتقل اليهم
وانما البحث على عدم تناول لفظ الاولاد لهم حقيقة قال دام ظله والنماء
قبل انقراض الاولاد واولاده لورثة الواقف على اشكال اقول الوقف المنقطع الوسط
بعد المرتبة الاولى وقبل حصول شرط استحقاق المرتبة الثانية للنماء الذي يكون
مادة ثلثا على القول بعدم انتقاله عن الواقف يكون لورثة الواقف قطعا
وعلى القول بانتقاله الى الله تعالى يكون في وجوه البر وعلى القول بانتقاله الى الموقوف
عليه وهو المراد بالبحث هنا قيل يكون لورثة الوارث لانه في حكم ملكه ولهذا
يلحق المرتبة الثانية عنه ويحتمل عدمه لانتقاله عنه فقيل يكون لورثة الموقوف
عليه الاول لانتقاله اليه ولم ينتقل الى المرتبة الثانية ولذلك استشكله المصنف
والاصح انتقاله الى ورثة الواقف لانه احد المصارف لان استحقاق المرتبة
الاولى انتهت بانقراضها فرجع الملك الى الواقف ولهذا الحقنا المرتبة الثانية عنه
قال دام ظله ولو انتهى [illegible] شجرة في المسجد لنفسه وهل له ذلك للوقف الاقرب
المنع مع التصريح بها والا فلا اقول وجه القرب انه مع التصريح فلان المسجد
انما بني لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن ولم يبن للغرس وقد يحصل منه ضرر بالمسجد
او فيما ذكر فيكون مغيرا للوقف فلا يجوز واما مع عدمه فهو يمنع المسجد
ويحصل وقف له قصور ويحتمل المنع لما ذكرناه وهو الحق عندي لانها
تمنع من الصلاة في موضعها وهو وقف لذلك فان كل جزء منه وقف لذلك
قال

الاقرب المنع

قال دام ظله وهل يجوز قسمة الوقف على نفرين الاقرب المنع مع اتحاد الواقف او
الموقوف عليه اقول وجه المنع انها تغيير شرط الوقف لانه جعل الكل للكل
حصة شائعة وهي غير المتميزة فلا يجوز وهو الاصح ويحتمل ضعيفا الجواز لان
القسمة افراز حق وتمييز فلم يستلزم تغيير الوقف في الملك ولا في الموقوف عليه
ولا في قدر المنافع بل هي تمييز لما يستحقه كل واحد من حيوته لجارت وعلى
القول بان من عليه الوقف لا يملكه لا يتجه قسمته وعلى القول بالملك فهو ناقص
وليس له تصرف في بعض الملك والقسمة تصرف في بعض الملك لانها تقتضي اخراج
كل واحد عن بعضه قال دام ظله اما لو تعدد الواقف والموقوف عليه فاشكال
اقول المراد اذا وقف زيد مثلا نصيبه على عمرو ووقف بكر نصيبه على خالد ومنشاء
الاشكال من ان كل واحد تعلق ملكه بجميع حقوقه ومن جملتها جواز افرازه و
تحصيله ولانه اكد في الوقف لانه امر معين فاذا تعين محله كان اولى ولانه و
قفان ولكل حكم نفسه فجاز تمييز احدهما عن الاخر ومن اطلاق الاصحاب
منع قسمة الوقف ولانه وقف شائعا وهو الاصح قال دام ظله ولو اجر
زيادة على المدة المشترطة فالاقرب البطلان في الزائد خاصة اقول لان المنافي
لشرط الواقف الزيادة خاصة فيبطل فيه واما المشترطة فلانه كالمنصوص عليه
في الاجارة فيصح ويحتمل عدمه لمنافاته العقد لشرط الواقف فيكون باطلا من
اصله ولانه تناول المجموع بالاصالة والاجزاء بالتبعية لعروض دخولها في المجموع
ولان دلالة التضمن تابعة لدلالة المطابقة فاذا بطل الاصل بطل التابع والاصح الاول
قال دام ظله ولو خلق حصير المسجد وخرج عن الانتفاع او انكسر الجذع بحيث
لا ينتفع به في غير الاحراق فالاقرب بيعه وصرف ثمنه في مصالح المسجد اقول لانه
يلزم من المنع من بيعها خروجها عن الانتفاع في الوقف المذكور بالكلية فخرجت عن
الوقف كموت العبد فجاز بيعها لزوال المانع ولصلاحها ونفي المكان بها
ويحتمل عدمه لعموم قوله عليه السلام لا يجوز شراء الوقف وعلى جواز
بيعه يصرف ثمنه الى مصالح المسجد لاختصاص العين بهذه الجهة والقيمة تابعة
للعين فلا يصرف في غيرها ويحتمل صرفها في امثاله ان امكن والا ففي غيره من
المصالح المقصد الثاني في السكنى والصدقة والهبة وفيه فصول الاول
في السكنى قال دام ظله ويلزم بالقبض على راي اقول هنا اقوال ثلاثة

أنما تلزم بالقبض كالهبة ب انها تلزم بقصد التقرب ج انها لا تلزم واطلق
والاصح الاول وهو الاشهر لان الشارع وضع صيغة هذا العقد سببا لنقل المنافع
مدة معينة او مقرونة بعمر احدهما والاصل في الاسباب اللزوم ولما يأتي قال دام ظله
فان قرنت بعمر الساكن فمات المالك لم يكن لورثته ازعاجه قبل وفاته مطلقا
على رأي اقول هذا اختيار اكثر علمائنا لانه عقد شرعي في صحته
العاقد وكان ماضيا كغيره من العقود وجوز ابن الجنيد اخراجه مع نقص
التركة عن قيمة الدار لما رواه خالد بن نافع البجلي عن الصادق عليه السلام
قال سألته عن رجل جعل لرجل سكنى دار له حياته يعني صاحب الدار فمات الذي
جعل السكنى وبقي الذي جعل السكنى أرأيت ان اراد الورثة ان يخرجوه من الدار
ألهم ذلك قال فقال أرى ان تقوم الدار بقيمة عادلة وينظر الى ثلث الميت
فان كان في ثلثه ما يحيط بثمن الدار فليس للورثة ان يخرجوه وان كان الثلث لا يحيط
بثمن الدار فلهم ان يخرجوه قيل له أرأيت ان مات الرجل الذي جعل له السكنى
بعد موت صاحب الدار تكون السكنى لورثته الذي جعل له السكنى قال لا وغلط
الشيخ الراوي في الحكم بعود الضمير في حيوته الى صاحب الدار بل هو عائد الى
الساكن والا لم تثبت الاحكام التي ذكرها بعد ذلك لانها انما تصح
اذا كان قد جعل السكنى مدة حيوة من جعل له السكنى فحينئذ تقوم وينظر باعتبار
الثلث وزيادته ونقصانه وحملها المصنف على الوصية او المرض والا لم تثبت
الاحكام اذ السكنى عقد لازم فلا معنى لخروجها من الثلث الا مع الوصية او المرض
وفي سندها ضعف والاصح اختيار المصنف قال دام ظله ولو قرنت السكنى بالعمر
بطل البيع على اشكال اقول جوز ابن الجنيد بيعها ومنع الاصحاب من بيع المسكن
الذي تعتد فيه المطلقة بالاقراء لجهالة وقت الانقضاء فهنا اولى وقوى الشيخ
في المبسوط جواز بيع العبد الموصى بخدمته ابدا فهنا اولى احتج ابن الجنيد بما رواه
الحسين بن نعيم عن ابي الحسن الكاظم عليه السلام قال سألته عن رجل جعل دار السكنى لرجل
ايام حيوته او جعلها له ولعقبه من بعده هل هي له ولعقبه كما شرط قال نعم ٢
قلت فينقض بيعه الدار السكنى قال لا ينقض البيع السكنى الحديث وعندي
في هذه المسألة اشكال قال دام ظله الا انني فيها بحث المقصد الثاني
في الصدقة قال دام ظله والاقرب جواز الصدقة على الذمي اقول لقوله عليه
السلام

لقوله عليه السلام ٢ في خبر
عن الوقف صدقة قائمة

السلام على كل كبد حرى اجر ولئلا يحتمل العدم لمنع المودة وقد مضى البحث في هذه المسألة
في الوقف لانه صدقة المقصد الثالث في الهبة وفيه مطلبان الاول في
اركانها قال دام ظله وهبة ما في الذمة لمن عليه ابراء ولا يشترط
فيه القبول ولا يصح لغيره على رأي اقول الخلاف هنا في موضعين أ عدم
اشتراط القبول وهو الحق خلافا للشيخ في المبسوط وابن زهرة وابن ادريس لنا
قوله تعالى فنظرة الى ميسرة وان تصدقوا خير لكم وفي الدية الا ان يصدقوا ولانه
اسقاط حق فلا يفتقر الى القبول كالعتق والطلاق والعفو عن الدية احتج
الشيخ باشتماله على المنة فلا يجب قبولها كهبة العين والفرق ظاهر فان هبة
العين تمليك وهبة الدين اسقاط ب هبة لغير من هو عليه ذهب الشيخ
وابن ادريس الى الجواز لصحة بيعه والمعاوضة عليه كالعين لكن يشترط في
اللزوم القبض وقيل لا يصح لاشتراطها بالقبض وقبض ما في الذمة محال بل المقبوض
مثله وانما يصح هبتها بعد تعيينها وحال الايجاب هي غير معينة قال الشيخ
في المبسوط لا يصح وقف الدين لانه مشروط بالقبض وهو ممتنع في الدين وامتناع
الشرط يوجب امتناع المشروط قلنا فيلزمك في الهبة لانها مشروطة بالقبض
والكبرى بحالها واختار المصنف في المختلف الصحة قال والموهوب له الماهية
وقبضها بقبض الجزئي لانها فيقبض المالك ثم يقبضه او توكله في القبض عنه
ثم يقبض من نفسه على القول بجوازه كما اخترناه ولا يكفي قبضه عن الهبة
قبضا عن المالك ولا اجازة الاول قال دام ظله ولو وهب المرهون فان بيع
ظهر البطلان وان انفك فللراهن الخيار في الاقباض وفي صحة الاقباض حالة
الرهن من دون اذن المرتهن اشكال اقول منشأه حصول حقيقته في الهبة
مع عدم العلامات لا تدل على الفساد والفائدة عدم توقفه على قبض آخر بعد
اجازة المرتهن لها ومن انه ممنوع منه فلا يكون معتبرا في نظر الشرع وهو
الاصح قال دام ظله ولو ابرأه من مائة معتقدا انه لا حق له وكان له مائة
ففي صحة الابراء اشكال اقول ينشأ من مصادفة الابراء محلا فانه وقع
موثرا فيصح ومن عدم القصد الى الابراء الصحيح وهو الاصح لانه قصد لفظ
الابراء المجاز وهو عدم الاسقاط ودلالة اللفظ الوضعية تابعة للارادة

الثالث القبض مقدمات آ القبض شرط في صحة عقد الهبة اعني ترتب أثره
عليه فلا يملك المتهب الموهوب له بعد القبض وعليه نقل الاجماع علماؤنا الاعلام
والاجماع للامامية ويتفرع عليه انه لا يجوز ولا ينفع القبض الا باذن الواهب
حقيقة واذا وقع العقد في الصحة والاقباض في المرض مضت من الثلث والنماء
المتجدد بين العقد والقبض للواهب حقيقة ب استدامة اليد كافية في القبض
فاذا وهبه ما في يده اعني يد المتهب او في يد وكيله بمنزلة يده علمه صحت وافادت
الملك قال دام ظله ولو وهب ما في يد المتهب صحت الهبة ولم يفتقر الى تجديد
قبض ولا اذن ولا مضي زمان يمكن فيه القبض اقول هذا تفريع على القاعدة
التي ذكرناها فتفرع ان تقول يد ولي الطفل هي يد الطفل فاذا وهب ولي
الطفل للطفل عينا في يد الولي لم يحتج الى تجديد قبض وكان استدامة
يده الى بعد الهبة قبضا منه ثم ذكر المصنف ما اذا وهب الولي الطفل ما
في يد غيره وهو اقسام آ اذا وهبه ما في يد المستأجر احتاج الى قبضه لان يده
ليست كيده هنا اتفاقا لانه قبضه لنفسه ج اذا وهبه ما في يد المستودع
فان يده كيده للحاجة الى تجديد قبض اتفاقا د اذا وهبه ما في يد وكيله كانت يده
كيده اتفاقا ه اذا وهبه ما في يد المستعير ذكر المصنف انه يبدأ اشكالا منشأه
١٦٠ من ان المستعير قبضه لنفسه لينتفع به فكان كالمستأجر ومن انه باذن المالك لا لحق لازم
بل متى شاء اخذه فكان كالوكيل وكلام الشيخ في المبسوط يشعر باشتراط مضي زمان
يمكن فيه القبض في كل موضع يكون بيده كيده واستاذ المصنف الحلي افتاه بقوله وقوة
معنى بيان وهو الاصح عندي قال دام ظله ولا يشترط فورية الاقباض على اشكال
اقول ينشأ من ان الاصل عدم الاشتراط ومن انه جزء لا يتحقق البقاء على الاحوال
الا معه التراخي ولا يمنع وجوده لا مؤثر وهو العقد وحال العقد لا بد من العقد
الشرط وهذه المسألة تقدمت في باب الوقف ولتعلم ان الاصحاب اختلفوا
في القبض فقال والدي المصنف في هذا الكتاب انه شرط في صحة الهبة وهو الاصح
عندي وهو اختيار ابي الصلاح ونقله ابن ادريس عن اكثر علمائنا وقيل انه شرط في
لزوم الهبة لا في صحتها وانعقادها وهو اختيار ابن البراج وسلار وابن حمزة
وابن ادريس وهو الظاهر من كلام الشيخين وقال الشيخ في الخلاف من وهب
لغيره عينا قبل ان يهل شوال فقبله الموهوب له ولم يقبضه حتى يهل
شوال

شوال فقبله الموهوب له ولم يقبضه حتى يهل شوال ثم اقبضه فالفطرة على الموهوب
له لان الهبة منعقدة بالايجاب والقبول وليس من شرط انعقادها القبض
اذا تقرر ذلك فنقول على القول بان القبض شرط في اللزوم لا في الصحة
والانعقاد لا يشترط فوريته وقد صرح الشيخ بعدم اشتراط الفورية
في كلامه في الخلاف كما حكيناه عنه واما الاشكال على القول باشتراط
القبض في الصحة والانعقاد ولما كان هو مذهب المصنف في هذا الكتاب ذكر
ان فيه اشكالا واختار والدي في المختلف مذهب ابن البراج واحتج
برواية ابي بصير الصحيحة قال قال ابو عبد الله عليه السلام الهبة جائزة قبضت
او لم تقبض قسمت او لم تقسم والنحل والجواب انه لا يدل على المطلوب لانه نفى
اشتراطه في الجواز وهو اعم من الوجوب ولا يلزم منه نفي الاشتراط في الاخص
لان الاشتراط في الاخص اخص من الاشتراط في الاعم ونفي الاشتراط في
الاعم اخص من نفي الاشتراط في الاخص ولا دلالة للعام على الخاص وكذا رواية
ابي بصير عن الصادق عليه السلام قال الهبة لا يكون هبة حتى يقبضها فالمراد اما نفي
الماهية او نفي الصحة لانه اقرب المجازات الى الحقيقة وعلى كلا التقديرين فالمطلوب
حاصل وطريق الجمع بين الروايتين الاولى والثانية حمل الثانية على الثاني وهو نفي
الصحة وفيه نظر لجواز ارادة نفي اللزوم والاصل بقاء الملك على مالكه حتى يرد
ناقل ومع القبض الناقل متفق عليه فيبقى الباقي على الاصل قال دام ظله ولو
قبضه من دون اذن الشريك ففي اعتباره نظر وكذا كل قبض منهي عنه
اقول ينشأ من تحريمه فلا يكون مرادا للشارع ولا معتبرا في نظره ومن ان
النهي في غير العبادات لا يقتضي الفساد ولقائل ان يقول فساد اللطف في الواجب
فيه شرعا وعينا اذا المكلف مع فساده يكون اقرب الى الامتناع عن التصرف في
ملك الغير حينئذ لانتفاء فائدته ومعرفته باستحقاق العقاب ولا
يرد في كل منهي عنه من المعاملات اذ ما لا يستلزم حق للآدمي يكفي في
اللطف التكليف والاعلام واللطف في التكليف هو العام فيكون الزائد
على ذلك من باب الاصلح وهو غير واجب اما حق الآدمي فالمبالغة فيه
اكثر وطلب الشرع الامتناع منه اشد فلطفه اكثر وهو لا صح
ومراده بقوله وكل قبض منهي عنه كل قبض هو شرط في الصحة او اللزوم لا

مطلقاً **المطلب الثاني** في الأحكام **قال** دام ظله المشهور أن كان ذا رحم لم
يجز الرجوع بعد الإقباض وكذا إن كان أجنبياً وعوض وإن كان بعضها أو قصد
بها الأجر أو تلفت العين أو تصرف على رأي وإن لم يكن لا أثماً **أقول** قوله على رأي
في التصرف وما اختاره المصنف هنا قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن
إدريس وهو الأصح وقال المفيد يلزم بهلاك العين أو إحداث المشتري فيها حدثاً
وقال ابن حمزة يلزم بخروجها عن ملك الموهوب وإن عادت وتصرف بعد العين
كالحبس بصيغة شرعاً وقال سلار يجوز الرجوع فيما لم يعوض عنه ما دامت العين
باقية وكذا قال أبو الصلاح ومنع أبو الصلاح من الرجوع في الهبة مع التصرف لنا
قوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم
وهذا مال المتهب وليس الرجوع عن تجارة ولا عن تراض خرج ما قبل التصرف باتفاق
الخصم والدليل ولما رواه إبراهيم بن عبد الحميد عن الصادق عليه السلام قال أنت
بالخيار في الهبة ما دامت في يدك فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها
وقال قال رسول الله صلى الله عليه وآله من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه وفي
الاحتجاج نظر لأنا إنما نسلم مع منعه لم يسلم الدلالة فإنما تدل عليه لا تقولون
به لا لعل لزومها بالقبض كما تقولون به لا يدل عليه احتج الآخرون
برواية عبد الله بن سنان الصحيحة قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة
أيرجع فيها إن شاء أم لا فقال تجوز الهبة لذوي القربى والذي يثاب من هبته ويرجع
في غير ذلك إن شاء وفي الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال إذا كانت الهبة
قائمة بعينها فله أن يرجع وإلا فليس له وهما محمولتان على ما إذا لم يتصرف وفيه نظر
لأن الأصل عدم التخصيص لا يقال وجه الجمع بين رواية إبراهيم بن عبد الحميد والرواية
ما ذكرناه لأنا نقول هذه الرواية والتي قبلها صحيحتا السند فيعمل
عليها وإلا ولى مع التعارض **قال** دام ظله ويكره للزوجين الرجوع
على رأي **أقول** ذهب الشيخ في النهاية وابن إدريس إلى كراهة الرجوع وقيل
لا يجوز لرواية زرارة الصحيحة عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال ولا يرجع
الرجل فيما يهبه لزوجته ولا المرأة فيما تهبه لزوجها حيز أو لم يحز أليس الله تعالى
يقول ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه
هنيئاً مريئاً وهذا يدخل فيه الصداق وغيره واختاره المصنف في مذهب
الفقهاء

الفقهاء وهو الأصح **قال** دام ظله ولو فلس المتهب لم يبطل حق الرجوع وفي
البحث إشكال **أقول** منشأه من تعلق حق الغرماء بها ومن وجود العين واستحقاق
الواهب الرجوع قبله ولأن استحقاق الغرماء إنما يتبع الملك وملكه غير لازم
والمانع لا يؤثر في متبوعه **قال** دام ظله ولو جنت الهبة فالأقرب أنها تبطل حق
رجوع الواهب **أقول** وجه القرب أن أرش الجناية مقدم على الملك الحقيقي وحق
الواهب ملك أن يملك وحق الجناية أقوى ولأنه أقوى من تصرف الموهوب وتصرف الموهوب
مانع فهذا أولى وأنا أقول إن كان المراد أن حق المجني عليه مقدم على استحقاق
المالك الرجوع فهذا لا شك فيه والحكم عدمه وإن كان المراد أنه يمنع من
رجوع المالك في الفاضل عن أرش الجناية فهو ممنوع **فرع** لو رجع المالك ثم عفى
صح الرجوع والعفو كاشف عن صحته وعدمه عن بطلانه أو نقول معنى البطلان
قبل العفو والاستيفاء رفع اللزوم وبعد الاستيفاء الممنوع رفع الصحة
وهذا هو مراد المصنف بالبطلان **قال** دام ظله والرجوع يكون باللفظ الدال
عليه وبالفعل مثل أن يعتق أو يهب وهل يكون ذلك فسخاً لا عتقاً أو فسخاً وعتقاً الأقرب
الثاني **أقول** وجه القرب أن الفسخ إنما يثبت لتحقق العقد فلو كان باطلاً لم
يترتب عليه حكمه ولأنه ما ولى منه ينفسخ الهبة فيبقى المحل فإلا لم يصح العقد وهو
لا يصح ويحتمل عدمه لأنه وقع في غير ملكه ولاستحالة اقتضاء الواحد المتضادين
كما يقتضيهما شيئان وقال الشيخ في المبسوط يبطل البيع **قال** دام ظله
والأقرب أن الحكم ليس فسخاً **أقول** إنما أحكم بوجود قرينة تدل على الرجوع ولا يحكم
بالرجوع قطعاً لأن كل فعل يمكن وقوعه على وجوه غير متنافية فإنه لا يدل على تجرده
على أحدها إلا بدليل من خارج وهو القرينة الدالة على قصد الفاعل لأنه أعم من كل
واحد من تلك الوجوه ولا دلالة للعام على الخاص وإن علم من قصده الفسخ
وهو المراد بالبحث هنا فقيل لا ينفسخ إلا بلفظ لأنه عقد لفظي ترتب عليه مقتضاه
والأصل البقاء إلا بما نص الشارع أنه مبطل والعقود اللفظية التي ترتب عليها
مقتضاها لم يأت في الشرع إبطالها مع بقاء محلها بمجرد الفعل واللفظ إنما
أن يدل عليه بلا وسط كقوله رجعت أو بوسط كعقد البيع الدال على إثبات
ضده ويحتمل كونه رجوعاً لضعف الملك فيه ولأن لفظ الرجوع إنما كان رجوعاً
لدلالته عليه فكذا كل ما يدل عليه والأصح الأول **قال** دام ظله وفي

الارش اشكال اقول هذا تفريع على جواز الرجوع مع التصرف وتقريره انه لو صبغ
الموهوب الثوب ثم رجع الواهب بعد الصبغ فلكل منهما قلع الصبغ لان
لكل منهما افصال ملكه عن غيره فهل على القالع ارش ما نقص عن ملك الآخر
فنقول العيب اما في الصبغ او الثوب وعلى كل تقدير فالقالع اما المتهب
او الواهب فان كان القالع المتهب والعيب في الصبغ لم يكن له ارش وان تعيب
الثوب كان عليه الارش لانه عيب ملك غيره لتخليص ملكه ويحتمل عدمه لانه دخل
في اذن المالك ضمنا لان تمليكه هو اذن له في سائر التصرفات وان كان القالع
الواهب فان كان العيب في الثوب فلا ارش لانه فعله وان كان في الصبغ احتمل
الضمان لما قلنا وعدمه لانه من فعل المتهب وتفريطه لعلمه بجواز الرجوع وتبعيته
وهذا من اعلاء المصنف لنظام الفقه والاصح الرجوع في كل موضع يكون النقص من فعل
غير المالك لتخليص ملكه قال دام ظله والاقرب عدم انتقال حق الرجوع الى
الوارث اقول وجه القرب انه قد ملكه اياه وانما جوز الرجوع لخصوصية الواهب
لاصالة انتفاء غيره وليس ويحتمل انتقاله لانه حق له فيدخل تحت العموم والاصح الاول
لان الرجوع فيها على خلاف الاصل فيقتصر على موضع وهو الواهب قال دام ظله
ولو جن فالاقرب جواز رجوع الولي مع الغبطة اقول لانه قائم مقامه وله حق
وهو الرجوع وللولي استيفاء حقوقه كلها مع الغبطة ومن حيث تعلقه بارادته
وقصده والاصح الاول قال دام ظله واذا باع الواهب بعد الاقباض بطل
مع لزوم الهبة وصح لا معه على راي اقول وجه الصحة ما تقدم وهو اختيار
وذهب الشيخ في المبسوط الى انه لا يصح البيع لانه صار ملكا لغيره وقد تقدم
قال دام ظله ولا تستلزم الهبة العوض من دون شرط مطلقا على راي
اقول هذا مذهب ابن ادريس وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط هبة المساوي
او الاعلى والادنى يقتضي الثواب عندنا وقال ابو الصلاح الهبة التي يدعوا
اليها الرغبة في العوض عنها وهي مختصة بهبة الادنى للاعلى في الدنيا ان
قبلها لزمه العوض عنها والعوض المتعرف فيها ولما العوض عنها احتج
الشيخ بقول النبي عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب قال الشيخ واثبت
للواهب حق الرجوع قبل ان يثاب واسقط حقه من الرجوع بالثواب وجعله
ثوابا على الحقيقة وهذا يشعر ان مراد الشيخ انها لا تلزم الا بالثواب لا
ما

ما توهمه ابن ادريس هكذا نقله المصنف في المختلف والصحيح انه لا يجب مطلقا
تفريع على القول بوجوب الثواب اذا ثبت فهل بالمثل او القيمة وهو اختيار وجب المثل في
ابي الصلاح لانه تنقيص لبعض العوض ولا تتمة في العقد وكلما كان كذلك
المثلي والقيمة في غيره وقيل ما يرضى به الواهب والاقرب رجحانها لما روي ان اعرابيا
وهب النبي عليه السلام ناقة فاثابه عليها وقال ارضيت قال لا فزاده ثم قال
ارضيت فقال نعم الحديث قلنا انه ضعيف السند لانه من الثلاثة لانه يترجح قال
دام ظله فلو تلف الموهوب او عاب قبل دفع المشترط وقبل الرجوع ففي التضمين ٢
نظر اقول من حيث انه لم يقبضه ضمانا بل ليدفع عوضه ولم يحصل فضمنه ومن
ان الضمان يجب لو تلف ملك الواهب وليس في المتهب لا يجب عليه دفع العوض انما هو
بل للواهب الرجوع في العين فالمشروط متعذر فالاقرب يضمن والاصح عدم الضمان
قال دام ظله فان اوجبناه فالاقرب مع التلف ضمان اقل الامرين من العوض
وقيمة الموهوب اقول وجه القرب ان العوض ان كان اقل فقد رضي به عوضا
واذن له في اتلافه بذلك وان كانت قيمة الموهوب اقل والمتهب لا يجب عليه العوض
وانما يجوز للواهب ان يرجع في العين فالمجان اكثر من قيمتها ومن اعتبار العوض
لان الهبة وقد انفسخت فيرجع بقيمة الموهوب والتحقيق انه مبني على ان الرجوع
في الهبة التي ذكر فيها العوض هل له قبل دفع العوض مطلقا او بعد امتناعه من
ادائه فالاقرب الاول لقوله عليه السلام ما لم يثب فقبل دفع العوض لم يثب فعلى هذا
اذا رجع بعد تلفها وقبل دفع العوض رجع بقيمتها او مثلها لاستحالة وجوب
دفع العوض بعد انفساخ العقد المقتضي له وهل وعلى الثاني نقول ان دفع
العوض ثابتا كان او ناقصا عن القيمة لم يكن للمالك غيره والا كان له مثل
الموهوب او قيمته لانه ليس الا الالزام بالعوض على مذهب المصنف قال دام
ظله ولو ظهر استحقاقها بعد تلفها في يد المتهب فالاقرب رجوعه على
الواهب بما غرمه من القيمة اقول اذا وهبه عينا وقبضها المتهب ثم تلفت
في يده وظهر استحقاقها ورجع على المتهب مالكها بقيمتها او مثلها فنقول
لا يخلو اما ان يكون عوض عنها او لا فان لم يكن قد عوض عنها او عوض باقل
مما غرم رجع بما غرم لانه غره باذنه باتلافها بغير عوض او عوض اقل

عروّاً فقيفاً للاباحة ظاهراً ولا غاية حكمية مقصودة في نظر الشرع والعقلاء
وكل محرور كذلك فبإباحته اضعف من سببية عوده وكلما كان كذلك
رجع على الغاية وانما قلنا عروّاً بقيد الاباحة احترازاً عن ان تقول له
اقبل هذا عندي وانا لا ارجع عليك بالقيمة فانه لا يرجع اجماعاً وانما قلنا
له غاية الى الحق احترازاً عن ان تقول له احمل قوله الملف مالي هذا فانه لا يرجع
على الاقوى لان كل ما فيه ضرر والحكمة مقصودة له في نظر العقلاء فهو عبث
وان عوض عيناً او اكثره رجع عاد نعم يحتمل عدمه لان الهبة لا تعقب الرجوع
ضماناً لانها تبرع ولان المتلف بيده والاصح الاول **قال** دام ظله ولو وهبه
عصيراً فصار خمراً ثم عاد خلاً فله الرجوع على اشكال منشأه الاشكال
في الغاصب واحتماله **اقول** لما بينا الاشكال في ان غاصب العصير اذا
صار خمراً في يده ثم تخلل هل يملكه ام لا نشأ الاشكال هنا لان الموهوب اولى من
الغاصب بالملكية فان قلنا يملكه الغاصب لم يجز الرجوع قطعاً هنا وان قلنا
لا يملكه الغاصب بل يكون الخل للمغصوب منه ففي جواز الرجوع هنا اشكال
منشأه استناد ملك الخل الى ملك العصير فكانه الاولى بعينه ولانه انما ملكه
بسبب ملك الاول وقد كان جائزاً للرجوع فكذا هذا الملك لان المسبب لا
يكون اقوى من السبب وخروجه عن الملك بالتخمير وتلفه فصار كما لو تلف بالكلية
او دفعه المتهب ولان جواز الرجوع من احكام التصرف في الملك المطلق وقد زال
عنه بالتخمير فيزول اثره وكذا الاشكال لو باع عصيراً بالخيار فانقلب
خمراً ثم تخلل والاقوى عندي انه لا رجوع له لانه لما صار خمراً خرج عن الملكية
بالكلية والاولوية اليد لا بسبب الملك بل بمجرد ثبوتها عليه فلما تخلل تخلّفه
ملك لذي اليد لم يكن لا بسبب الملك الاول ولا عاد الملك الاول **قال** دام
ظله ولو عاد الملك بعقد ثان له احتمل الرجوع **اقول** هذا فرع على جواز الرجوع
بعقد التصرف فان التصرف الناقل مانع ووجه الاحتمال انه عين ماله في يد
المتهب وقد زال المانع من حيث انه ابتداء ملك مغاير للاول وانما كان
له انما له الاول لا هذا ولان هذا الملك ليس من جهته فلا يملك فسخه وازالته
وهذا هو الاصح عندي **المقصد الثالث** في الاقرار وفيه فصول **الاول**
في اركانه وفيه مطالب **الاول** في الصيغة **قال** دام ظله
ولو

ولو قال الليس لي عليك كذا فقال بلى كان اقراراً ولو قال نعم لم يكن اقراراً
على رأي **اقول** هذا قول الشيخ واكثر الاصحاب لان نعم جواب للاستفهام
تصديق لما دخل عليه حرف الاستفهام وبلى تكذيب له من حيث ان اصل بلى
بل زيدت عليها الياء وهي للرد والاستدراك واذا كان كذلك فقوله بلى رد لقوله ليس
لي عليك الف لانه الذي دخل عليه حرف الاستفهام ونفي له ونفي النفي اثبات وقوله نعم
تصديق له فكانه قال ليس لي عليك الف هذا المحقق ما نقل عن الكسائي وغيره من ائمة اللغة
وعلى وفاقه ورد القرآن قال الله تعالى الست بربكم قالوا بلى ولو قالوا نعم لكفروا
وقال تعالى ام يحسبون انا لا نسمع سرهم ونجواهم بلى وقال تعالى ايحسب الانسان ان لن
نجمع عظامه بلى وقال تعالى فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم ان لنا لاجراً
ان كنا نحن الغالبين قال نعم وقال قوم يكون مقراً لان كل واحد منهما يقام مقام
الآخر في العرف والاقرار انما يحمل على مفهوم اهل العرف لا على دقائق العربية والاصح
الاول **قال** دام ظله ولو قال لي عليك الف فقال انا مقر ولم يقل به على الاقوى
او خذه او استوفه او زنه او خذه لم يكن اقراراً ولو قال انا اقر به احتمل الوعد
اقول وجه القوة في الاول انه لم يوجد منه لفظ دال على الاقرار فلا يحكم به اما الاول
فلان قوله انا مقر لعموم الاقرار بالمدعى او غيره اذ يحتمل انا مقر بالشهادة او ببطلان
دعواك ونحوه ولا دلالة للعام على الخاص واما الثانية فظاهر ويحتمل ان يكون اقراراً
لانه وجد عقيب الدعوى فينصرف اليها للعرف ولقوله تعالى ااقررتم واخذتم على
ذلكم اصري قالوا اقررنا ولم يقولوا اقررنا بذلك ولا ارد عليه تعالى بان قصدهم
ذلك فان مراده اخذهم اقرارهم وكلامهم لا يصح لعلمه بدون ذلك لقوله تعالى
فاشهدوا اي بعضكم على بعض ولجملة الملائكة ولانه جواب عن الدعوى فيكون ابلغ من نعم
اما الاولى فلصلاحيته لذلك وقد ذكره عقيب الدعوى فلم يحتج الى التعبير عن
غيره فيكون جواباً لا لدفع محذور الهذرية فان من ادعى عليه بدينار فقال انا مقر به
يكون زنوها الدار عقد صيغتها هذا او دفع الهذرية عن كلام العقلاء مقصود
للشارع وهذا اقل الامكان نعطي الاعتراف في الاستثناء كلفظ الاقرار واما الثانية
فظاهر اذ نعم دلالة على الاقرار وهذا التصريح فيه وعندي في قوله انا مقر به اشكال
ايضاً لجواز ان يريد في المستقبل لانه اسم الفاعل بمعنى الاستقبال مجاز
ومنع اكثر الاصوليين من صدق المشتق مع عدم قيام المشتق منه بالنظر الى المستقبل

لانا نقول قد استعمل في لغة العرب والمجاز كثير ومسئلة الخلاف للحكم فيها بالاولوية
ووجه الاحتمال في قوله انا اقر به انه مشترك بين الحال والاستقبال والمشترك لا يحمل على
كلي معنييه ولا على احدهما بدون القرينة والمستقبل لا يكون اقرارا ويحتمل كونه اقرارا لان
العرف يستعمل في الاثبات في الذمة والالفاظ انما تحمل على معانيها العرفية قال كما لو قال
ولو قال لك علي الف ان شاء الله لا يقر لعدم اللزوم اقول لانه علقه على شرط
مجهول ولان المشية لا يعلم الا مع العلم بانه بات في ذمته لانه مسبب لاسباب شرعية
مباحة ولا رجحى ولا خوف عادة ولا يعلم الا منه وتعريف الشي على العرف لا بد وان معه
دور ومراد ان الانكار بعد الاعتراف غير مسموع والشرط حصل بعد تمام الاقرار
وانما استعملها تبركا لقوله تعالى لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله ولا يكون شرطا
قال كما لو قال لو ادعى زوال العقل حال اقراره لم يقبل دعواه الا بالبينة وان
كان له حالة جنون فالاقرب سماع قوله اقول لان مجرد اللفظ لا يوجب شيئا
الا مع صدوره من اهله لكنه مشكوك فيه ولا نعلم انه من حال العقل وثبوت القوة العزيزة
التي هي العقل لكن ثبوته في حال الاقرار غير معلوم ولنفي لحالة مستمرة والجهل بالشرط
يستلزم الجهل بالمشروط مع اصالة براءة الذمة ولا يرد ان اقل لان براءة الذمة ليست
مشروطة وسبب عدم الحكم بالثبوت اصل البراءة وعدم العلم موجب الثبوت بخلاف الحكم
بالثبوت ومن انه حكم باقراره اولا ولو كان شرطا للحكم به فلا ودعوى السقوط
بعد الحكم بالثبوت لا يقبل ويمنع الحكم بالاقرار اولا والاصح الاول وهو سماع قوله لان
العقل شرط في صحة الاقرار فانها لو الجنون مانع لانه لولا دعواه بانه صدر حال الجنون الحكم
به ولو كان شرطا للحكم به حتى يعلم انه صدر في حالة العقل قلنا العقل شرط اجماعا
ويمنع الحكم بالاقرار مع الجهل بانه صدر في حالة العقل قال كما لو قال انا قاتل
زيد فهو اقرار ولا يبعد النصب والجهة النسبية في عدم الاقرار اقول اما وجه الاقرار
في الاول فلان الالفاظ انما تحمل على حقايقها او اقرب مجازاتها فلفظة المشتق اذا صدقت
حقيقة على من وجد له المشتق منه على ما هو مذهب جماعة من الاصوليين والا كان ذلك
اقرب مجازاته لان ما بينه له الوجود الفعل وثانيا اقرب حالة بعد حصوله
هنا التحقق اثره ولوجود قرينة دالة عليه هي عدم الامكان فان اسم الفاعل بمعنى الماضي
لا يعمل فيحمل قوله انا قاتل زيد على الماضي ولاستعمال العرف اياه في الاقرار واما
مع

مع النصب فلاتفاق اهل العربية على انه بمعنى الماضي لا يعمل فيكون بمعنى المستقبل او الحال
معلوم فلا يكون اقرارا وبيان الوجه انه قد يستعمل في الماضي والمستقبل ودقائق
العربية لا يعرفها الا بعض الناس فلا يحمل عليها المجاز لجواز حملها اذا اراد الخطاب
بالمتداول بين العوام ولجواز الاضافة في المستعمل في الاستقبال وفرق بين
العمل والاعمال والثاني احص لان العمل تاثير العامل في المعمول لفظا او معنى
كما في المقدر الاعراب والاعمال تاثير العامل في المعمول لفظا خاصة وعدم الخاص لا
يستلزم عدم العام والماضي وان كان اقرب بوجه لكن المستقبل اقرب بالخصوص من حيث
الامكان فان ما عدم امتنع وجوده اذن لامتناع اعادة المعدوم وما لم يوجد
بعد ويحقق انه غير معلوم هنا والاصح عدم كونه اقرارا في الحالين لان كل
صيغة يحتمل فيها لغة او عرفا ان لا يكون اقرارا خصوصا فيما هو مبني على الاحتياط
التام كالدماء قال كما لو طلق المريض ويقبل اقراره ان لم يكن متهما على اشكال
اقول اختلف الفقهاء في اقرار المريض فقيل من الاصل مطلقا وقال بعضهم ان
كان متهما في اقراره يمضي من الثلث كالوصية وسياتي البحث في ذلك وهذه المسئلة فرع
على قول من يقول انه يمضي من الثلث وعلى تقدير ان يكون متهما في هذه الاقرار وفيه اشكال
ينشا من عموم قوله عليه السلم اقرار العقلاء على انفسهم جائز ولانه مالك البالغ وهو المريض
ولاطلاق الاصحاب اللزوم اذا برأ او مات بالتهمة صار وصية وهي لا يلزم والاصح
عندي الاول وقوله مطلقا اي سواء كان متهما او غير متهم قال كما لو طلق ولو
اقر بدين مستغرق وثبت بالبينة اخر مستغرق فالاقرب الوارث به على اشكال اقول
ينشا في الاول من تعلق حق الغرماء به فصار كاقرار المحجور عليه ومن انه اقوى من
البينة لانتفاء التهمة ولانه محجور عليه لقوله عليه السلم المريض محجور عليه الا في ثلث ماله
ولقائل ان يقول هنا ليس تصرف بل هو بيان واخبار عما هو في نفس الامر وان
العاقل لا يتلف مال نفسه وعليه دين فلا يوديه وهذا هو المشهور وهنا وجه
في الثاني وانه خليفة فاقراره كاقراره ومن انه لا ينفذ تصرفه فلا ينفذ اقراره
ولانه من حين الموت هل يملك الوارث ويتعلق به الدين او لم يملك لقوله من بعد
فعلى الثاني لا يقبل اقراره وعلى الاول يحتمل الوجهان لما ان المتبرع في الملك
ومن حيث ان ملك الميت اقوى والاصح انه لا ينفذ بمعنى عدم تقديمه بما ثبت بالبينة
او باقرار المورث وعدم مزاحمته للغرماء لتعلق حق الغرماء كالدين بالرهن

قال دام ظله ولو أقر بدين الإقرار للوارث وعدمه على رأي أقول هذا اختيار
الشيخ والمفيد وابن البراج وسلار وابن إدريس ورواه في كتاب من لا يحضره الفقيه وهو
الأصح عندي وقال في المقنع إنه يمضي في حق الوارث من الثلث وأطلق وذهب
ابن حمزة إلى نفوذه في حق الأجنبي من الأصل مطلقا وفي حق الوارث مع التهمة من الثلث
لنا رواية منصور بن حازم الصحيحة عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سأله عن رجل أوصى
لبعض ورثته بأن عليه دينا فقال إن كان الميت مرضيا فأعطه الذي أوصى له وفي
الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال قلت الرجل يقر لوارث بدين فقال يجوز
إذا كان مليا احتج صاحب المقنع برواية إسماعيل بن جابر الصحيحة عن أبي عبد الله عليه السلام
قال سألته عن رجل أقر لوارث له وهو مريض بدين عليه فقال يجوز إذا كان الذي أقر
به دون الثلث وإذا للمشروط وانتفاء الشرط موجب لانتفاء المشروط ولأن الوارثة
موجبة للتهمة والجواب حملها على التهمة جمعا بين الأدلة ومنع الصغرى في الثاني
قال دام ظله ولو أقر بوارث فالأقرب اعتبار التهمة وعدمها أقول وجه القرب
أنه متهم بالإقرار بالمال فإذا كان متهما فالمعنى موجود فيثبت فيه الحكم ومن حيث إنه
إقرار بالنسب والمال تابع بالعرض قال دام ظله العبد ولا يقبل إقراره بمال ولا
جناية توجب أرشا أو قصاصا إلا أن يصدقه السيد ويتبع به بعد العتق ولو قيل
يقبل ويتبع به وإن لم يصدقه السيد كان وجها أقول منشأ القولين أن العبودية تسلب
أهلية الإقرار ومناط أهلية البلوغ والرشد والحرية شرط في نفوذه أو العبودية مانعة
من نفوذه يحتمل الأول لأن شرط جواز الإقرار على ذمته بحيث أهلية للتملك والإلزام
تكليف ما لا يطاق ولا شيء من العبد كذلك لقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر
على شيء فنفى قدرته على أسباب الملك كلها بخلاف المعسر القادر على تملك المباحات والصدقات
والهبات وإن فيه نقصا لقلة الرغبة فيه إذ ضمان شيء في الحرية يمنع الميراث بالولاء و
إمكانه مطلوب فيقبل قيمته ويحتمل الثاني وهو الأصح لقوله عليه السلام إقرار العقلاء
على أنفسهم جائز والجمع المعرف باللام واللام للعموم ولأن المحال يلزم لو وجب في الحال
أداؤه وليس بل بعد الحرية وهو ممكن والثاني قول الشيخ في المبسوط لأنها
عنده فقد جامع الملك فلا تمنع أهليته قال دام ظله ولا ينفذ إقرار المولى عليه
بحد ولا عتق ولو أقر عليه بالجناية فالأقرب قبول قوله ويجب المال ويتعلق برقبته
أي حق العبد فيكسب بالأرش فيعتق بالقيمة وإن قصر على القولين أقول

في

في هذا الكلام مسائل آ إقرار السيد على العبد بحد أو عقوبة من العقوبات
كالتعزير وضرب اليد في الاستمناء باليد لا ينفذ على العبد إذا لم يقر العبد
لأنه إقرار بما يتعلق ببدنه أو بما يؤلمه وهو لا يملك منه ذلك وهذه المسألة إجماعية
ب إقرار المولى عليه بالجناية فنقول إما أن تكون الجناية موجبة
للقصاص لو ثبتت عليه أو موجبة للمال فإن كان الأول فهو مبني على مسألة
هي أن الفقهاء اختلفوا فقال بعضهم كلما يوجب القصاص لا يثبت فيه إلا القصاص
وإذا فات محله فلا عوض له كالدية لا تثبت إلا صلحا عوضا عن العفو فعلى هذا لا
يقبل إقرار السيد في حقه وقال الأكثر إنه يثبت أحد الأمرين على البدل
القصاص فإن تعذر ثبت عوضه الدية فعلى هذا يحتمل عدم القبول ضعيفا
لأن الدية تابعة لثبوت القصاص ولا يثبت بإقراره هنا فلا تثبت الدية
والأصح الثبوت لأن القصاص هنا متعذر وهو ثابت بالنسبة إلى السيد فتثبت الدية
في رقبته لاعتراف السيد وقد أقر بتعلق حق القصاص بها ومع تعذره فالدية
وقد تعذر الأول فيثبت الثاني وهو الأقرب عند المصنف لعموم قوله عليه
السلام إقرار العقلاء على أنفسهم جائز ولا نسلم أن الدية تابعة لثبوت القصاص
بل لثبوت سبب وجوبه وإن انتفى وجوبه لمانع للحكم لا لمانع السبب وإن كانت
الجناية توجب المال كالخطأ حكم بتعلقه برقبته بلا إشكال واعلم أنه على التقديرين
فالحكم بالجناية على السيد بالنسبة إليه لا إلى العبد فيثبت حكمها عليه ولا يثبت الإقرار
في حق العبد في فك للإرث أي لو مات أبوه ولا وارث سواه عتق بالقيمة وإن
قصرت عن الجناية على القولين أي على قولنا من أنه يفك بأقل الأمرين وعلى قول الشيخ
رحمه الله حيث قال يفك بأرش الجناية التي أما هنا فلا لأنه إقرار في حق العبد
ولا يلزم العبد بحق عتقه من أرش الجناية التي أقر بها السيد شيء وكذا لو أقر
برهنه إلى أجل فإنه لا يسقط للأجل الفك بالقيمة لأن العتق أغلب الثالث المقر
له قال دام ظله فإن ولد بسبب الجناية قيل يكون إقرارا للمالك على تقدير الاستحقاق
وفيه نظر إذ قد يجب بسببها ما لا يستحقه المالك كأرش الجناية على سابقها
إذا أكلها أقول هذا قول بعض الأصحاب وقال الشيخ في النهاية المبسوط
فإن ولد بسبب هذه البهيمة ألف درهم كان ذلك إقرارا بالمعنى بالسبب أن يكون

الا الف ثبت عليه بارش جناية منه عليها او اجرة منافعها او مما اشبه ذلك
فعلى قول الشيخ يكون لمالكها وقال المصنف فيه نظر منشأه ما ذكره من الغلبة
ما ذكره الشيخ وانما يحمل على الغالب لانه ارجح ولان ما يحصل بسببها
كالثمار والاصل فيه كونه للمالك والاصح ما اختاره المصنف وهو انه لا يكون
للمالك بل يكون مجهولا للمالك لانه اعم من استحقاق المالك ولا دلالة للعام
على الخاص نعم لو ادعاه المالك كان له لانه مال لا يدعيه غيره قال
دام ظله ولو اقر لميت صح وانتقل الى ورثته ولو قال لا وارث سوى هذا لزم
التسليم اليه ان كان دينا وفي العين نظر اقربه وجوب البحث اقول لانه اقرار
في حق الغير فلا ينفذ ومن حيث اقرار من صاحب اليد ولانه اقرار بالملكية وسببها
وحق الغير مستدرك بالضمان والاصح الاول والا لنفذ الاقرار في حق الغير
ولا اعتبار باليد هنا والفرق بينه وبين الدين ان الدين لا يتعين الا بالدفع الى
المقر له فيكون اقرارا في حق نفسه خاصة قال دام ظله ولو اقر للحمل فان عزاه
الى وصية او ميراث صح الى قوله او عزاه الى سبب ممتنع كالجناية عليه والمعاملة له فالاقرب
اللزوم والغاء المبطل ولو اطلق فالوجه الصحة تنزيلا على المحتمل اقول البحث هنا
في موضعين ا مع الاطلاق وقد مر في المبسوط قيل فيه قولان احدهما يصح والاخر لا
يصح قال فيه والاول اقوى ووجه الصحة عموم قوله عليه السلام اقرار العقلاء على
انفسهم جائز وامكانه فيحكم به عليه ومعنى قوله تنزيلا على المحتمل اما حمله على الوصية
او الميراث وان كان مطلق الملك اعم منهما لكن حيث انحصر سبب الملك هنا فيهما
والاقرار بالمعلول اقرار بالعلة حكمنا به عليه ووجه البطلان ان الملك نسبة و
اضافة لا تتحقق الا مع تحقق المنتسبين خارجا وهو هنا غير معلوم فلا يحكم به ولان
شرط ملك الحمل سقوطه حيا لان شرط الملك حيوة المالك ولا نعلم وجودها
قبل سقوطه حيا والمشروط لا يتقدم على الشرط والميراث والوصية تبيان لملكه
عند سقوطه ولذا وجد كل من الحكمين مع ملك عينه فاته لملكه فيه وفي غايته
عند سقوطه حيا فلذلك صح الاقرار مع استناده الى سبب صحيح لان الاقرار
في الحقيقة بوجود السبب المقتضي لملكه ومن قال بالصحة عند الاطلاق
جعل سقوطه حيا كاشفا عن سبق ملكه بهما وبابه ... وجعل سقوطه حيا
كاشفا

كاشفا عن سبق ملكه بهما ولو ظهر ميتا فهو عدم ملكه فعدم تابعه ميتا والاول
اقوى ب مع تقييده بسبب محال وهذا يبتنى على المطلق فان بطل ثم فهنا اولى
وان صح ثم احتمله هنا لانه انكار بعد اعتراف فيبطل ولاستلزام اجتماع بطلانه
هنا مع صحته عنده قوله من بعض في عين لان ذكر السبب الفاسد اما ان يقتضي
الحاده ونه وبطلان الاقرار مع امكان غيره او لا فان اقتضى امتنع فيهما وان لا
انتفى فيهما لكن الثاني باطل بالاجماع فيتعين الاول وقال ابن الجنيد وابن البراج وجماعة
ببطلانه لان الكلام لا يتم الا باخره والاصح عندي البطلان في المسئلتين هنا اعني
الاطلاق والتقييد بالمحال لانه لا ملك للحمل بالحقيقة عند تحقق وانما يوجد سبب
يصلح للتمليك فاذا لم يعزه به لم يصح قال دام ظله ولو اقر لمسجد او مشهد او
مقبرة الى قوله وان اطلق او عزاه الى سبب باطل فالوجهان اقول اذا اقر للمسجد
فان اسنده الى سبب صحيح كغلة وقف صح اجماعا وان اطلق فعلى وجهين خرجا
من القولين في مثله للحمل وان اضاف الى جهة فاسدة خرج حكم المبطل على
الاحتمالين في الحمل بل البطلان هنا اولى لاستحالة الملك حقيقة هنا وامكانه
بعدها قال دام ظله ب عدم التكذيب فلو قال هذه الدار لزيد وكذبه لم يسلم اليه
ثم اما ان تترك في يد المقر او القاضي فان رجع المقر له عن الانكار سلم اليه فان
رجع المقر في حال الانكار فالاقرب عدم القبول لانه اثبت الحق لغيره بخلاف المقر
له فانه اقتصر على الانكار اقول اذا اقر انسان بعين مشخصة عن انسان في يده
لشخص معين قابل لتملكها جائز التصرف فكذبه المقر له فهنا مسائل ا لا تسلم العين
الى المقر له اي للحجر المقر له على قبضها وتسليمها خلافا لبعض الشافعية ثم ماذا
يفعل بها فيه قولان احدهما تترك في يد المقر لانا لا نعرف مالكها ويد من له
اهلية اليد عليها ... الاصل ... فهو اولى الناس بحفظها
ولا فتضى ... الملكية ظاهرا فلا اقل من ان ينتفي استحقاقها ظاهرا او الاقرار
عارضه الانكار فاوقف حكمه وبقي ما ثبت في الحال فيبقى المقتضي بلا معارض فيترك
في يده والثاني هما تولاها القاضي انه ولي الغائب على انتظار المعلوم او غير المعلوم
ممن هو فان راى استحفاظ صاحب اليد كان امينا للقاضي كما لو استحفظ
عدلا غيره وهذا هو الاصح عندي وقول المصنف اما ان تترك في يد المقر او القاضي

ليس للتخيير بل للترديد بين القولين ب لو رجع المقر له عن الانكار وصدق المقر
قبل رجوعه لان هذا الملك لا يدعيه احد الا هو وصاحب اليد فقد اقر له به
فعلى هذا عدم تكذيب المقر له ليس شرطا في صحة الاقرار بل في نفوذه والحكم
به بخلاف الشرط الاول فانه شرط في صحة الاقرار ج ان يرجع المقر في اقراره
ويكذب نفسه فظاهر انكار المقر له قال المصنف الاقرب عدم القبول اما اذا قلنا
ينزع من يده ويتولى حفظها القاضي فلا يقبل رجوعه قطعا واما على القول بتركها
في يده الى ان يظهر القاضي فيحتمل الاحتمال لضعف اليد التي فيها بعد ولذلك قال المصنف
الاقرب انه يطلب ملكها عن نفسه باقرار محكوم به عليه لعموم الخبر والمشروط
بعدم المكذب يعود للاثبات لغيره في الحال والحكم به ويحتمل القبول لانه مال
لا يدعيه غيره وقد ادعاه غير هو ولانه انما حصر ملكه في ملكه زيد وقد نفاها
فبقي كالمباح ولان العدم هنا بعلم ثبوت الضد وليس كما تقدم وقوله لانه اثبت
الحق لغيره الى اخره اشارة الى الفرق بين المسألتين اعني رجوع المقر ورجوع المقر له
فان رجوع المقر انكار بعد اقرار بحق لغيره محكوم به ورجوع المقر له اعتراف بعد دعوى
انكرها قبل والشارع سمع الثاني دون الاول واقرار المقر حكم بحدوث ثبوت في
ملك الغير وهو حكم بالعلم بسببه وثبوته فلا يقبل المنافي بخلاف انكار المقر له
لانه بنا على العدم الاصلي ويكفي فيه عدم العلم بثبوت السبب فيقبل المنافي
قال ه ولم يطلبه ولو اقر لعبد بنكاح او تعزير قذف وكذبه السيد فالاقرب اللزوم
بخلاف ما لو كذب العبد اذ الحق للسيد هنا اقول يحتمل عدمه لاطلاق
الاصحاب ان الاقرار للعبد اقرار للمولى والاصح ان تعزير العبد لا يؤثر رد السيد
فيه لانه لا حق له فيه قطعا واما النكاح فيحتمل بانه يرد المولى فيه لانه موقوف في اصله
على رضاه فانه لا يصح ان ينكح الا باذن السيد فاذا اقر بثبوته فهو اقرار على السيد ولا
يلزم ويحتمل العدم لانه لا حق للمولى في النكاح وهو الاصح لان الحكم بثبوت حكمه في حق
المقر لا فيما يتعلق بحقوق المولى قال ه ولو طلبه ولو انكر المقر له بعبد قبل العتق
وليس بحيث بل يبقى على الرقبة المجهولة المالك ويحتمل الحرية ان ادعاها العبد
اقول لما حكم بالاقرار بعين انسان لاذا كذبه المقر له شرع هنا في البحث
عن ما اذا اقر بعبد لانسان فانكر المقر له وقد اختلف الفقها فيه هل يعتق العبد
ام

ام لا فقيل يعتق وهو قول الشيخ وابن البراج لان صاحب اليد لا يدعيه والمقر
له نفيه وانتفا ملك غيرهما بالاصل ولانه كلما نفى ملكه وملك غيره مطلقا
عتق والمقدم هنا ثابت اذ باقراره نفى ملكه وملك جميع من عدا المقر له وحكم
الشارع به وحصر الملك فيه ثم نفى ذلك ملكه ولعتقه الشارع انتفا سببي
الملك مطلقا عنه وابطله المصنف فانه محكوم برقه وانه مال ورفع الخاص
لا يستلزم رفع العام ووجه للاحتمال الخبر وهو الحرية اذا ادعاها العبد
وهو الاصح عندي انه مدع لا منازع له فيكون كالكيس ويحتمل العدم للحكم
عليه بالملكية المطلب الرابع في المقر به قال ه ولم يطلبه ولو اقر بحرية
عبد في يد غيره لم يقبل فان اشتراه صح تعويلا على قول صاحب اليد والاقرب
انه فداء في طرفه بيع في طرف البائع فلا يثبت فيه خيار المجلس والشرط في الحيوان
بالنسبة الى المشتري كما لا يثبت في بيع من يعتق على المشتري اقول الشهادة
على الغير بعتق في ملكه يكون اقرارا لان الشاهد من وجه بمعنى انه لو لم ينفذ
شهادته وحصل نوع ما من الاقر في يد بحث لولا شهادته لكان ملكه ويحقق
تلك الصيغة للاقرار ويحكم عليه بمقتضاها فلو قال ان زيدا اعتق عبده فانما
الحكم بحريته في الحال يحتمل قوله فلو اقدم على شرائه قال الشيخ في المبسوط
يصح الشراء والظاهر انه يريد في الظاهر لانه اوقفا الولاء تنزيلا للعقد
على قول من صدقه الشرع وهو البايع صاحب اليد قالوا وفارق الاقرار
برضاع محرم بينه وبين امراة فسيد نكاحها فان الشرا يحصل العتق معنى
الاقرار بخلاف النكاح لان الرضاع هنا منافيه فيمنع من الاستمتاع ثم
اعترف انه حرام عليه وقال قوم انه ليس شراء بل افتداء لان البيع عقد مركب
من جزئين ايجاب وقبول وصحته يقتضيها وفاقا الا بفساد احدهما والقبول
عنه منتف بالنسبة الى البيع لاعتراف المشتري بحريته وامتناع شرا الحر و
التحقيق ما قاله المصنف وهو انه يجتمع فيه المعنيان جميعا فهو بيع من
جهة البائع لا محالة وفاقا واستنقاذ من جهة المشتري للحكم على كل باقراره
عملا بعموم الخبر ويتفرع على هذه القاعدة فروع آ الخيار لا يثبت شي من
انواعه للمشتري هنا لانه حكم عليه بعتقه قهرا كما اذا اشترى

من يعتق عليه قيل ولا يلتفت الى الارش لو خرج العبد معيبا لانه لا ارش في
الغلاء وفيه نظر لان الارش جزء من الثمن والبائع يقر باستحقاقه وجحده
والمدعي يدعي استحقاقه مع الكل لانه يزعم ان البيع باطل وان الثمن كله
مستحق له والصحيح عندي ان له اخذه ح لا الحكم بالولاء ظاهرا
لا للبائع ولا للمشتري لزعم البائع انه غير معتق والمشتري انه عتق مغبون
فلحضا المشتري فقدر الثمن من ماله الذي اكتسبه بعد الحكم بعتقه لان البائع
ان كان صادقا فكل المال للمشتري وان كان كاذبا فالصادق
هو المشتري فالولاء للبائع في نفس الامر وقد ظلم المشتري بأخذ الثمن
وقد ظفر له بمال فليأخذ ما ظلمه به منه هذا اذا لم يكن له وارث والعتق
فيه ولا فان فضل شيء كان موقوفا وهو اختيار الشيخ رحمه الله ولو قال
انه حر الاصل كان شراؤه فداء من جهته باجماع الكل فيرثه وارثه فاذا فقد
النسب فالامام وليس للمشتري ان يأخذ منه شيئا ح لو تلف العبد
قبل القبض لم يكن للبائع المطالبة بثمنه مطلقا والظاهر ان الفداء والاستنقاذ دفع
عوض عن يد فان كانت اليد لا تستحق اذ التهاطاهر فالاستنقاذ شرعي والا
ضروري **الفصل الثاني** في الاقارير المجهولة **قال** دام ظله ولو قال
غصبته شيئا ففسره بالخمر او الخنزير قبل مع كفر المقر له ومع الاسلام اشكال
اقول نشأ من الخلاف في تفسير الغصب فقال بعضهم انه عبارة عن الاستيلاء
على ملك الغير ظلما لاشتماله على ح لحق الغير كما سفاذ ذلك في الخمر وقيل انه
استيلاء منهي عنه على ما في يد محترمة ثم الاتفاق عليه ظاهرا او دفعها لجعلوا الغصب
تبع استحقاق اليد وهو متحقق في الخمر لشرب حق للامساك للتخليل ولانه يجعل
في العرف على رفع اليد عن شيء لا يستحق لدافع اثبات يده عليه والخمر والخنزير
كل منهما شيء والتحقيق ان الاشكال الذي ذكره المصنف في الخمر لا في الخنزير فانه لا يقبل
والاصح عندي انه لا يقبل منهما **قال** دام ظله ولو امتنع من التفسير حبس حتى يفسر
وقيل يجعل ناكلا فيحلف المدعي **اقول** الاول اختيار المصنف وبعض الاصحاب
لانه قد صار مقرا وبالامتناع من التفسير صار ممتنعا من حق ثبت عليه فوجب
ان يحبس والثاني قول الشيخ في المبسوط وابن ادريس وقطب الدين الكيدري لانه
بالامتناع

بالامتناع من التفسير صار كالممسك عن جواب الدعوى فاقتضى ان يصير ناكلا والاصح
الاول **قال** دام ظله ولو قال له مال جزيل او جليل او عظيم او نفيس او خطير او
عظيم جدا او عظيم عظيم قبل تفسيره بالقليل ايضا ولو قال كثير قيل يكون ثمانين
والاقرب المساواة **اقول** الاول قول الشيخ في المبسوط وابن البراج وقطب
الدين الكيدري لانه استعمل فيها وهو دليل الحقيقة اما ا فلقوله تعالى لقد نصركم
الله في مواطن كثيرة فعددت فكانت ثمانين وحمله في النذر عند الاطلاق على
ذلك للرواية وهو خاصة الحقيقة واما ب فلاستدلال ابن عباس بما يستفتى
دها ما على وضعه لهم لا انه عند احقاده ولا يرد للاشتراك للاصل ولا التواطي
والا لما اعتبر لكم عند الاطلاق في النذر والثاني قول ابن ادريس والمصنف وابي
القسم بن سعيد وهو الاصح عندي لاختلاف الناس في الكثير ولا حد له في الشرع
ولا اللغة ولا العرف ولان كل مال كثير بالنسبة الى ما دونه والاستعمال اعم من
الحقيقة والمجاز ولا دلالة للعام على الخاص واستدلال ابن عباس بعينهم المأمور
الملازم من لفظ الوفاق عند الاطلاق وهو من علامات الحقيقة والقرينة
في الاية ظاهرة ولا تدل على انه بمجرد حقيقة فلعله عليه السلام علمه ومع تسليمه
فلا يمنع التواطي او التشكيك بل هو الظاهر لاستعماله في غيره في صور كثيرة كقوله تعالى
اذكروا الله ذكرا كثيرا وكم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة ولانه لو لم يكن متواطيا
ولا مشككا لكان جعله مجازا فيما ذكرناه اولى لاستعماله في غيره فاما بالاشتراك
والمجاز خير منه او يكون مجازا في غيره وحقيقة فيه ولكن غيره اكثر استعمالا منه
فيصرف اليه ترجيحا للاغلبية وقيل بالوقف لتعارض كثرة المجاز واولوية
الحقيقة **قال** دام ظله ولو قال اكثر من مال فلان الزم بقدره وزيادة بالبقاء
والمنفعة او البركة وكان اقل في القدر فالجحد بان يقول الذين اكثر نفعا
من العين او الحلال اكثر من الحرام او انفع في الشرع نظر **اقول** منشأه من ان
الكثرة والاكثر انما تطلق حقيقة على العدد واللفظ انما يحمل على الحقيقة
عند الاطلاق ومن انها تطلق على غيره من المعاني ايضا لكن بقيد فهو مجاز
لكنه اعرف بنيته وقصده والاصح الثاني لان اللفظ اذا كان له حقيقة
ومجاز فهو بالنسبة الى الحقيقة ظاهر وبراءة الذمة اقوى منه فلا تعارض في
نفسه وهو اعرف بقصده فيقبل تفسيره **قال** دام ظله ولو قال لي عليك الف

دينار فقال له علي اكثر من ذلك لزمه الالف وزيادة ولو فسر بالكثير فلوسا
او حبة حنطة او دخن فالاقرب عدم القبول **اقول** لفظ اكثر افعل التفضيل
وانما يستعمل حقيقة مع اتحاد الجنس ويحمل عليه عند الاطلاق كقوله تعالى
كانوا اكثر منكم وعلى غيره بقرينة كقوله تعالى انا اكثر منك مالا وقالوا نحن اكثر
اموالا واولادا ويحتمل القبول لصدق اكثر على الزائد في المقدار وان اختلفا
في الجنس حقيقة لان العرف واللغة منطبقان على ما هو نص للامر ان الكثرة
انما تعقل من الاحاد فان اخذ الواحد من حيث هو واحد فقط لم يكن الحاصل من اجتماع
امثاله الا الكثرة سواء كان معروض الوحدات مختلفا بالماهية او متفقا وان اخذ
من حيث هو انسان او حجر مثلا فقط لم يكن اعتبار كونها كثيرة حاصلا الا مع اعتبار
الوحدات فصدق الكثرة تابع لاجتماع الوحدات من غير اعتبار معروضها البتة فاذا
زادت الوحدات صدق الاكثر من غير اعتبار المعروض **قال** دام ظله ولو قال كذا
كذا فهو تكرار ولو فسر المفرد بدرهم نصبا لزمه درهم ونصب على التمييز وقيل يلزمه
عشرون **اقول** اذا قال لفلان علي كذا فهو كما لو قال شيء فيقبل تفسيره بما يقبل به
تفسير الشيء فلو قال كذا كذا فهو كما لو قال كذا لان التكرار للتاكيد لا للتجديد
ولو قال كذا وكذا احتمل التفسير لشيئين مختلفين او متفقين يقبل كل واحد منهما
في تفسيره كذا من غير عطف وكذا الحكم لو قال علي شيء وشيء ولو قال كذا درهما بالنصب ففيه
قولان ذكرهما المصنف هنا الاول وهو اختيار المصنف هنا انه يلزمه درهم واحد
وقوله درهما تفسير لما ابهمه وهو الاصح عندي وقال بعض النحويين هو منصوب
على القطع كانه قطع ما ابتدا به واقر بدرهم وهذا على قول نحاة الكوفة والثاني قول الشيخ
في المبسوط لان اقل عدد مفرد ينصب ما بعده على التمييز عشرون وفيه نظر لان مبنى
الاقرار لا يوازن المبهمات بالمعينات بواسطة الاعراب لان اصل البراءة اولى من
اصطلاحات النحاة ولان مخاطبات العامة بين اهل العرف العام لا تحمل على اصطلاحات
العرف الخاص ولانه لو قال كذا درهم صحيح بالجر لم يلزمه مائة باتفاق الكل
وان كانت الموازنة المذكورة تقتضي لزوم المائة والتقييد بالصحيح لنفي احتمال
نصف درهم او ثلث درهم ولو عرف الشيخ بان الصيغة حتى احتمل غير الاقرار
بالشيء

بالشيء لا يكون اقرارا لان ذلك الشيء ودلالته لا بالاعراب لطنته ونيته تحمل الاموال على الاحتياط
التام اجماعا وقال ابن ادريس والاولى الرجوع الى تفسيره لان كذا لفظ مبهم محتمل
ولا تعلق على الذمة شيئا بامر محتمل والاصل براءة الذمة وقال المصنف في المختلف التحقيق
ان القائل ان كان من اهل اللسان الزم بما قاله الشيخ والا رجع الى تفسيره كما
قاله ابن ادريس **قال** دام ظله ولو جره لزمه جزء درهم ويرجع في تفسيره الى
المقدر بجزء درهم وكذا كانه عنه وقيل يلزمه مائة **اقول** وجه الاول اصالة براءة
الذمة مع احتماله في الكلام وهو الاصح عندي والقول الثاني للشيخ في المبسوط لان
كذا كناية عن العدد ودرهم بالجر تمييز له واقل عدد يخفض تمييزه المائة هكذا
نص علماء اللغة ولم يوجد في كلام العرب غير ذلك واجاب المصنف عنه بما
ذكره حاصله منع المقدمة الاولى وذكر سند المنع والجزء منتقض والزائد
محتمل والاصل عدمه ومذهب ابن ادريس هنا كالاولى وكذا المصنف في المختلف
ولا ريب ان دعوى الشيخ عرف خاص والعام واللغة تقتضيان احتمالها والا
لفاظ انما تحمل على العرف العام خصوصا والاصل براءة الذمة ولو قال كذا درهم
بالرفع لزمه درهم واحد باتفاق الكل **قال** دام ظله وكذا لو كرر بغير عطفه
ولا تقتضي الزيادة كانه قال شيء شيء وفي الجر يحتمل انه اضاف جزءا الى جزء ثم اضاف الاخير
الى الدرهم كنصف تسع درهم وكذا لو قال كذا كذا وقيل يلزمه مع النصب احد عشر
اقول الثاني قول الشيخ في المبسوط لان اقل عدد مركب انتصب ما بعده احد عشر
والخلاف والبحث كما تقدم **قال** دام ظله ولو عطف ورفع لزمه درهم
لانه ذكر شيئين ثم ابدل منهما درهما وكانه قال هما درهم ولو نصب احتمل لزوم درهمين
درهم لان كلا يحتمل اقل من درهم فاذا عطف مثله وفسرهما بدرهم جاز ودرهم
لانه ذكر جملتين وفسرهما بدرهم فيعود الى الجميع كمائة وعشرين درهما لعود التفسير
الى الجميع واكثر من درهم بناء على ان الدرهم تفسير للاخير ويبقى الاول
على ابهامه وقيل يلزمه احد وعشرون **اقول** هذا هو قول الشيخ في المبسوط لانه
اقل عددين عطف احدهما على الاخر وانتصب الدرهم بعدهما والخلاف
والبحث كما تقدم والاصح انه مجمل يرجع فيه الى تفسيره **قال** دام ظله ولو
قال الف وثلثة دراهم او خمسون درهما او الف ومائة وخمسة وعشرون درهما

او خمسة عشر درهما اذ الالف وعشرة دراهم وللجميع دراهم على اشكال اقول
منشأه من صلاحية تمييز الجمل به كما قال تعالى ان هذا اخي له تسع وتسعون نعجة
وفي الحديث ان رسول الله صلى الله عليه وآله توفي وهو ابن ثلاث وستين سنة وقال
الشاعر وله اثنتان واربعون حلوبة سودا كخافية الغراب الاسحم
ولان حكم المعطوف والمعطوف عليه واحد ولانهم كرهوا تكرار التمييز في
مثل ذلك كقوله تعالى ولبثوا في كهفهم ثلثمائة سنين وازدادوا تسعا
وبه قال شيخنا الطوسي وابن ادريس ويحتمل ان رجوعه الى الاخير هو المتيقن
فيحمل عليه والباقي يكون محتملا ولقوله تعالى اربعة اشهر وعشرا ولانه كالاستثناء
ولان العطف اذا لم يكن وصفا لم يكن بيانا كقوله الف وعبد ولا يكون كل الالف عبيدا
ولان العطف لو كان بيانا لاستحال ان يضاد صفة المعطوف عليه وللحاكم ان يقول
مررت بالف رجل وصبي ولانه اعم لقبوله التقسيم ولا دلالة للعام على الخاص ويمنع تساوي
المعطوف والمعطوف عليه في كل الاحكام سلمنا لكن لا في الذوات والصفات
المحضة والا لكان غير مجاز لكنه كثير فيلزم محذور الاشتراك او المجاز والقرينة
في الآية ظاهرة فان العشر تمييز بالاشهر مذكورة فعلى الاول لو بلغه سبايك لك
صح وعلى الثاني لا يصح قال دام ظله ولو قال درهم ونصف فالاقرب حمل النصف على السابق
اقول لانه المتعارف ويحتمل عدمه للاحتمال والحكم في اموال الناس انما هو بالمتيقن
او بما جعله الشارع مقامه ولم يثبت هنا ولان العطف في المفرد يقتضي الاشتراك
في الحكم المذكور لا في الجنس قال دام ظله ولو قال من درهم الى عشرة احتمل
دخول الطرفين وخروجهما وخروج الغاية اقول لان المبدأ والغاية قيل
يدخلان معا كما لو قال قرأت القرآن من اوله الى آخره وقيل يخرجان معا وهذا
اختيار ابن ادريس لان مبدأ الشيء لا يكون منه والغاية لا تدخل لانها النهاية
وهذا كما لو قال بعتك من هذا الجدار الى هذا الجدار فانه لا يدخل الجداران في
البيع اجماعا ولقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل وقيل يدخل المبتدأ
لان مبدأ الشيء داخل فيه وتخرج الغاية وهو اختيار الشيخ لان الملتزم اريد
من الواحد والواحد مبدأ العدد والا لزم فلا يخرج وفيه نظر لان
هذا

هذا دليل ظني مبناه على الاغلب ولا يعارض اصل البراءة والاصح عندي الثاني عملا
بالمتيقن قال دام ظله ولو قال درهم في عشرة واراد الحساب لزمه
عشرون ولو اراد درهما مع عشرة قبل ولزمه احد عشر ويقبل منه هذا التفسير
وان كان من اهل الحساب على اشكال لان كثيرا من العامة يريدون هذا المعنى
اقول ويحتمل العدم لان العرف الخاص عنده نقله الى ما تقتضيه الحساب والمنقول
انما يحمل على المنقول اليه عند اهل ذلك العرف الخاص وهو منهم لا على المعنى الاول المنقول
عنه والاصح عندي الاول لانه ظني واصل البراءة اقوى قال دام ظله ولو قال له
عندي خاتم واطلق او ثوب مطرز لزمه الخاتم بفصه على اشكال والطراز اقول
منشأه من ان اسم الخاتم يجمعهما عرفا ومن انه ليس جزءا من المسمى بل هو متصل به اتصال مماسة
لا اتحاد وكذا الطراز قال دام ظله ولو قال له عندي جارية فجاء بها وهي حامل
احتمل صحة استثناء الحمل بخلاف ما لو قال خاتم وجاء به وفيه فص واستثناه فان
الظاهر عدم قبوله اقول وجه احتمال صحة الاستثناء ان الحمل ليس جزءا
من الجارية ويحتمل عدمه لانه تابع للام لانه نماء وعند الشيخ انه جزء منها ولهذا
يدخل في البيع وهو ممنوع والفرق بين الحمل والفص ان الفص يتناوله اسم الخاتم
فاذا رجع عنه كان رجوعا في اقرار والاصح عندي قبول الاستثناء في الصورتين
والفرق بين الخاتم في هذه الصورة وما قاله اولا ان الاول الخاتم فيها مطلق وفي هذه
معين قال دام ظله ولو قال دار مفروشة او دابة مسرجة او عبد عليه
عمامة احتمل الامرين اقول منشأه من دلالة الظاهر ومن الاصل ولانه يصح
تفسيره بقوله بفرش لي او لك فيكون اعم منهما ولا دلالة للعام على الخاص والاقرار
انما يحمل على المتيقن ولان يد العبد كيد سيده ولو تنازع رجلان في سرج الدابة
كان لصاحبها فصار كعمامة العبد وذهب الشيخ في المبسوط الى انه لا يكون اقرارا
بالسرج وقال ابن الجنيد بل يكون اقرارا به والاصح الاول قال دام ظله ولو
قال له الف في هذا الكيس ولم يكن فيه شيء لزمه الالف ولو كان للالف ناقصا
احتمل الزامه الاتمام اقول اذا قال له عندي الف في هذا الكيس لزمه
سواء كان فيه شيء او لم يكن فيه شيء لان قوله عندي يقتضي اللزوم وان كان فيه دون
الالف فيه وجهان احدهما الزامه بالاتمام لانه لو لم يكن فيه شيء لزمه الالف و
عندي اقوى وثانيهما عدمه لحصره فيه لانه لم يقر الا بما في هذا الكيس كما لو قال

له ما في هذا الكيس وهو الف فخلط في الوصف قال دام ظله ولو قال له الالف
الذي في الكيس لزمه الاتمام ولو لم يكن فيه شيء ففي لزوم الالف وجهان اقول
الوجهان من حيث ان التعريف والاضافة الى الكيس يقتضيان انحصار اقراره
فيما في الكيس المعين لانه اقر بمعين مخصوص معدوم فلا يلزمه شيء والا لزم الحكم
عليه بما لا يدل لفظه عليه باحدى الدلالات ومن حيث ان الاقرار بالف وهذا
ضعيف والاصح الاول ولو كان فيه انقص من الالف جزم شيخنا بعدم لزوم
التمام وهو الحق وقيل شاذا يلزمه وهو تخريج على ان للاشارة تقدما واللفظ
وهذه المسائل كلها مبنية على قبول البدل قال دام ظله ولو قال هذه الدار
لاحد هذين وهي في يده الزم البيان فان عين قبل وللاخر احلافه واحلاف الاخر
وان اقر للاخر غرم للثاني الا ان يصدقه الاول وهل له احلاف الاول اشكال
اقول منشأه من انه يمين لو نكل عنها اما ان لا توجب رد يمين ولا اثبات دعوى او
توجب احدهما والاول ينفي عدم استحقاقها اجماعا والثاني يستلزم كون احدهما
لحق الغير ولانه اكذب دعواه وكل من اكذب دعواه لا يمين له ومن انه يدفع عن نفسه
الغرم وليس لحق اليمين لحق الغير هنا من كل وجه لانه يدفع بها الغرم عن نفسه
لو نكل ولانه لو اقر له لزمه دفع العين واندفع الغرم فله الاحلاف لان النكول
كالاقرار ولو جعلنا النكول كالبينة لم يكن له احلافه لان الاصح انه لا يسمع البينة
مع اكذاب الدعوى التي اما اثباتها مطابقته فلا يسمع قطعا والاصح عندي انه
لا يمين له وانه لا فرق بين الحالتين قال دام ظله ولو قال لزيد او
الحائط كذا ففي صحة الاقرار نظر اقول منشأه من ان الاقرار اما لزيد خاصة
وهو ترجيح من غير مرجح لانهما في لفظه متساويان واما للحائط خاصة وهو كذلك
ويبطل لعدم قبوله الملك او لاحدهما لا بعينه وهو غير موجود ولا مالك وكلمة او
يصح الاقرار له ما لك ولان او للترديد كانه قال اما لزيد او ليس لزيد بل للحائط
فردد بين ملك زيد وعدمه فلم يفد زيادة على عدم الاقرار ومن ان زيدا هو
الذي يملك منهما خاصة وقد اقر بملكه فيبطل في غير الذي يملك ويبقى هو وان
ذكر الحائط وجوده كعدمه قال دام ظله ولو قال لزيد والحائط فالاقوى
صحة النصف خاصة لزيد اقول لاقتضاء الواو التسوية وهو الاقوى لانه اذا
شرك في الاقرار فكانه قال لزيد النصف وليس له الباقي لانه من لوازمه ويحتمل ان
يكون

يكون ذكر الحائط لغوا لانه لا يصح ان يكون مالكا وقد اقر بالملك فيصرف الى من
يصح الفصل الثالث في تعقيب الاقرار بما ينافيه وفيه مطلبان الاول في
الاستثناء قال دام ظله والاقرب عود الاستثناء الى الجملة الاخيرة الا مع القرينة
اقول اختلف الاصوليون في الاستثناء الواحد المتعقب الجمل فقال بعضهم يرجع
الى الجميع واختاره الشافعي قياسا على الشرط وعلى قوله حفصه وحفصة لا
ستة ولان الاشتراك والمجاز خلاف الاصل ولاقتضاء العطف التسوية وقيل يرجع
الى الاخيرة وهو اختيار ابي حنيفة لانه خلاف الاصل صار اليه لدفع محذور الهذرية
فما يرتفع الضرورة وهو الواحد الاقرب ولان الظاهر انه لم ينتقل عن الاولى الا بعد استيفاء
غرضه وقال السيد المرتضى رحمه الله بالاشتراك للاستعمال وهو دليل الحقيقة ولحسن
الاستفهام وقال ابو الحسين ان ظهر الاضراب عن الاولى بان يختلفا نوعا سواء
اتحدتا لقصة كالقذف اولا كقولك اطعم ربيعة العلماء دارهم الفقهاء او اسما وحكما
ويتحد النوع مثل اطعم ربيعة واكرم مضر واطعم ربيعة واكرم ربيعة الا الطوال
فان الاستثناء يرجع الى الاخيرة وان تعلقت احديهما بالاخرى بان اضمر حكم الاولى في
الثانية او اسم الاولى عاد الى الجميع وهذا التفصيل حسن ووجه القرب ما ذكرناه
ولانه لو رجع الى الجميع فان اضمر مع كل جملة استثناء لزم كثرة مخالفة الاصل
وان لم يضمر كان العامل فيما بعد الاستثناء اكثر من واحد لكن لا يجوز تعدد العامل
في اعراب واحد نص سيبويه عليه ولئلا يجتمع المؤثرات المستقلات على الاثر الواحد
قال دام ظله والاستثناء من الجنس جائز اجماعا ومن غيره على الاقوى
اقول لانه استعمل فيه كثيرا كقوله تعالى فانهم عدو لي الا رب العالمين
فسجد الملائكة كلهم اجمعون الا ابليس وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا الا خطأ
الا ان تكون تجارة وما لهم به من علم الا اتباع الظن لا يسمعون فيها لغوا ولا تأثيما
الا قيلا سلاما سلاما لا صريخ لهم ولا هم ينقذون الا رحمة انا ارسلنا الى قوم
مجرمين الا آل لوط وقال الشاعر وبلدة ليس بها انيس الا اليعافير والا العيس
وقال النابغة وما بالربع من احد الا اواري وقال بعض الاصوليين
لا يقبل الا باخراج ما لولاه لدخل ولانه اما من اللفظ او المعنى وكلاهما
باطل اما اللفظ فظاهر واما الثاني فلانه لو صح للمعنى المشترك لصح استثناء كل

شيء من كل شيء وهما من الجنس قال دام ظله الاستثناء المستوعب باطل ويجوز
اتفاقاً وواحد على الأقوى أقول الخلاف هنا بين الأصوليين في المذاهب أربعة
آ منع قوم من استثناء الأكثر وجوزوا استثناء النصف أو أقل واختاره ابن
درستويه النحوي ب منع القاضي أبو بكر والحنابلة من استثناء الأكثر والمساوي
وأوجبوا في المستثنى أن يكون أقل ج جوزه قوم في الجميع وهو اختيار أكثر علمائنا
وأكثر الأشاعرة وأكثر الفقهاء والمتكلمين د أوجب أبو الحسين البصري
انتفاء كثرة تقرب من مدلول اللفظ والأدلة مذكورة في الأصول قال دام
ظله ولو قال له ألف إلا درهماً فإن سوغنا المنفصل طولب بتفسير الألف
وقبل إذا بقي بعد الاستثناء شيء ولو لم يبق احتمل بطلان التفسير أو الاستثناء
والإقرار بالجميع دراهم أقول هنا مسائل آ إذا قال له ألف إلا درهماً فعلى قول
القول بجواز الاستثناء المنفصل لم يدل استثناء الدرهم على أن الكل دراهم فيبقى
الألف مجملاً فيطالب بتفسيرها ويقبل تفسيره إذا بقي بعد الاستثناء شيء والخلاف في الاستثناء
في كيفية ما بقي كما تقدم ب لو فسره بالمستغرق فالتفسير لغو إجماعاً وفي
وجهان أحدهما الصحة لأنه صحيح من حيث اللفظ والخلل إنما هو فيما فسره به
اللفظ ولا يلزم من بطلان التفسير بطلانه فيقال له هذا تفسير باطل ففسره باللفظ
تفسيراً صحيحاً والثاني أنه يبطل الاستثناء ويلزمه الألف لأنه بيّن ما أراد
وكأنه تلفظ به وهذا هو الأصح عندي ج على القول ببطلان المنفصل وهو
الاستثناء من غير الجنس هل يكون الألف دراهم قيل نعم لأن الاستثناء قرينة دالة
عليه وقيل لا لأنه وإن لم يجز شرعاً لكنه مستعمل في العرف والثاني أصح عندي
والأول اختيار المصنف قال دام ظله ولو قال له ألف درهم إلا ثوباً فإن
منعنا المنقطع وجب الألف وإلا طولب بذكر قيمة الثوب فإن استوعب بطل التفسير
وطولب بغيره أو الاستثناء على الاحتمال أقول الذي قاله ابن الجنيد أنه استثناء
مستوعب فيبطل ووجه الأول أنه يقع إخراج البعض وقد أخرجه حيث صيّره إلى غيره
فيبطل ما بطل به ويصح ما عداه قال دام ظله ولو قال له درهم ودرهم إلا
درهماً قيل إنه حكم بعوده إلى الأخير بطل والأصح وليس بجيد أقول هذا
قول الشيخ وابن إدريس استدلالاً بأن الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل
الجملتين

الجملتين كالجملة الواحدة فلم يبق فرق بين قوله له علي درهمان إلا درهماً وبين قوله
درهم ودرهم إلا درهماً والشيخ المصنف بأنه نص على ثبوت كل واحد من الدرهمين
فلم يمكنه نفيه كما لو قال جاء زيد وعمرو وخالد إلا زيداً وهو الأصح وأما
على القول بأن الاستثناء يرجع إلى الأخير يبطل الاستثناء قطعاً قال دام
ظله والأقرب صحة له درهمان ودرهمان إلا درهمين لأن الاستثناء إنما يرجع إلى
الأخير لو لم يوجد قرينة الرجوع إلى الجميع أقول ويحتمل العدم لأنا نمنع لم يحمل
اللفظ على مجازه لتصحيح التصرف بل إنما يحمل على حقيقته ويحكم فإن لم يصح حكم ببطلانه
والفرق بينهما أن قوله له درهمان متعينة فهو أن يقصد به بعضه كالدرهم بخلاف
الدرهم المتحد لأنه لو أراد من درهم نصفه لكان الاستثناء من غير الجنس هذا
خلف قال دام ظله ولو قال له ثلاثة إلا درهماً ودرهماً ودرهماً احتمل قوياً
بطلان الأخير وضعيفاً الجميع أقول الأصح عندي بطلان الأخير لأن به
الاستغراق فيبطل لأن كلا من الأول والثاني غير مستغرق فوقع موقعه فيصح
ووجه بطلان الجميع أن كل واحد غير مستغرق والكل هو المستغرق فيكون الكل
باطلاً وليس بجيد لأنه بالأول لم يستوف حقه من الاستثناء فيبطل الثالث قال دام ظله
ولو قال له ثلاثة إلا ثلاثة إلا درهمين احتمل بطلان الأول المستوعب والثاني المفرع
عليه وبطلان الأول خاصة فيعود الثاني إلى المستثنى منه لبطلان ما بينهما فيلزمه
درهم وصحتهما لأن ثلاثة إلا درهمين يبقى درهم فهو المستثنى من الإقرار أقول
الحق هو الأخير وقد قررنا برهانه في الأصول ولا اعتداد بالأولين

المطلب الثاني

فيما عدا الاستثناء قال دام ظله ولو قال له هذا الدرهم بل درهم أو درهم بل
هذا الدرهم لزمه المعين ويحتمل لزوم الدرهمين أقول لأن ذكر المطلق مع
المعين لا يقتضي التكرار لأنه يصدق حمل المطلق على المعين بأنه هو هو ولأصالة
براءة الذمة من غير المعين ووجه الثاني أن بل للاستدراك وإبطال الأول
فقد استدرك ما أقر به فلم يقبل وأقر بآخر والمقر به غير المنكر فدل على تعددهما
ولأن الإقرار بالمطلق يقتضي براءته بغير المعين بل بأي درهم كان والإقرار
بالمعين يقتضي عدم براءته إلا به فتغايرا وفيه نظر لأنه إنما يقتضي المطلق
ذلك لو لم يأت بما يصلح أن يكون تعييناً وهذا صالح لذلك وكما يحتمل أن

لا يكون اقرارًا عنه لتعليقه اللفظ ظاهرًا لا يكون اقرارًا به قال دام ظله ولو قال
له درهم بل درهم لزمه واحد ويحتمل اثنين لاستدعاء الاضراب المغايرة أقول
وجه الاول انه اقر بدرهم مرتين فلم يلزمه الا واحد والاقرب للخبر لان بل للا
ستدراك وانكار واعتراف وتواردهما على محل واحد محال فتعين التغاير
والانكار لا يقبل قال وجه الاول انه اقر بدرهم مرتين فلم يلزمه الا واحد
والاقرب للخبر لان بل للاستدراك وانكار واعتراف وتواردهما على محل
دام ظله اذا كان في يده شيء على ظاهر الملك فقال هذا الشيء لزيد بل لعمرو قضي
به للاول وغرم قيمته للثاني وكذا غصبته من زيد بل من عمرو وعلى اشكال أقول
ينشأ من ان الغرم للتعارض وليس لامكان صدقه فيهما بان يكون ملكًا لاحدهما
والاخر في يده بجلادة او غيرها فيصدق انه غصبه منهما اما من المالك فلاستيلاء
على ملكه قهرًا ظلمًا ومنعه منه واما من ذي اليد فلانه لا يشترط في الغصب ملكية
ذي اليد فلم يقر بما يستلزم الضمان للثاني لانه اقر بالغصب منه ولانه لم يقر لواحد منهما
بالملكية لا بالمطابقة ولا بالتضمن ولا بالالتزام ومن ان الغصب موجب للرد والضمان
ولان الاقرار كالفعل ولو شاهدناه فغصبه من يد انسان حكمنا بضمانه له
والاصل في اليد الملكية ويكفي في تضمين الغاصب لصاحبها لانه ماخوذ باسوء الاحوال
ولانها تكفي في العلم الذي يستند اليه الشاهد بالملكية لصاحبها وهذا هو الاقوى
عندي لان من قواعدهم ان كل اقرارين متنافيين في الدلالة على الاقرار لشخص بامر
واحد اهل للاقرار حكم عليه لا على غيره بموجب كل منهما لولا الاخر ويقدم
الاول فيما يتعارضان فيه ويكون تفويتًا له منه على الثاني ولعلم ان قوله غصبته من عمرو
حكم الشارع بانه لعمرو لولا اقرار سابق فلا يرد ان كلما يحتمل ان لا يكون اقرارا
هنا لانا نعتبر احتمال عدم كونه اقرارًا على تقدير انفراده لكنه لم يوجد هنا
تغليظًا على الغاصب قال دام ظله ولو قال غصبته من زيد وملكه
لعمرو لزمه الدفع الى زيد ولا يغرم لعمرو على قوله ويحتمل الضمان أقول
وجه الاحتمال الاخير الحيلولة والتغرير باقراره للاول والتحقيق انه ان قلنا
بضمنه في المسألة الاولى وهي قوله غصبته من زيد بل من عمرو فالضمان هنا
قطعي وان قلنا بعدمه ثمة احتمل هنا عدم الضمان لما ذكره المصنف
والصحيح

والصحيح عندي الضمان هنا لانه صرح بملكية الثاني وصدر منه ما احال بين المالك ٢
وملكه فيضمن لا يقال شرط الضمان الحيلولة والتعدي ولا نعلم وجوده ٢
هنا لامكان صدقه والحكم مستند الى الشارع لانا نقول هذا اقرار من ذي
يد وقد اقر بانها يضمان فيكفي قال دام ظله وكذا لو قال هذا لزيد وغصبته من
عمرو فانه يلزمه الدفع الى زيد ويغرم لعمرو على اشكال أقول ينشأ من انه لم
يقر لعمرو بالملكية ومن ان الغصب موجب للضمان والرد والاصل في اليد الملكية
والاقوى عندي هنا عدم الضمان لانه قدم ملك زيد ولم يات بما ينافيه قال
دام ظله هل يصح الاستدراك كالاستثناء الاقرب ذلك ان لم يرفع مقتضى الاقرار كما
لو قال له هذه الدار هبة او صدقة أقول وجه القرب انه فسر ما عرف به اللغة
واستعمل في لسان العرب وفي القران كقوله تعالى يسئلونك عن الشهر قتال فيه
وما انسانيه الا الشيطان ان اذكره فان اذكره بدل من الهاء في انسانيه
ويحتمل عدمه لانه باقراره صار ملكًا للمقر فلا يقبل قوله في رجوعه لانه انكار
بعد اعتراف والاصح الاول قال دام ظله ولو قال له هذه الدار ثلثها
او ربعها ففيه الاشكال أقول ينشأ من كونه دفعًا لمقتضى الاقرار ومن
صحة بدل البعض لغة كقوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه
سبيلًا والاقوى عندي انه لا يقبل لانه انكار بعد اعتراف قال دام ظله ولو
قال لك علي مائة فقال قبضتك منها خمسين فالاقرب لزوم خمسين خاصة لاحتمال
قوله منها مما تدعيه أقول ومن العرف المشهور بين الناس انه انما يستعمل ذلك
مع ثبوت المائة في ذمته والاصح الاول لان ما بني على الاحتياط لا يكفي فيه
الظن لانه انتقال من ظن الى يقين او الى ظن اقوى وفي الاقرارات هو المعنى
الاول ونقل مال الغير والغاية شيء في ذمة الغير مبني على الاحتياط بالمعنى
الاول ولصحة قوله عقيبه قبضتك منها خمسين وليس لك غيرها ولا تنافي
فيكون الحكم في الاقرار بالاخرى ولا دلالة للعام على الخاص ورجوع الضمير
يمكن ان يكون بلفظنا ومحوط الاسم لا الى الوصف باتفاعليه فلا يستلزم
الاقرار بالمائة قال دام ظله ولو قال علي الف من ثمن مبيع ثم سكت وقال
لم اقبضه احتمل القبول ان سمع مع الاتصال او التصديق واللزوم أقول

ومنها اذا قال هذه الدار لك هبة عارية او هبة سكنى كان اقرارًا بالعارية او هبة السكنى لان ذلك انما هو منفعة ما سكنها متبرعًا ما سكنها لم يستقر ملكه ايضا

اذا قلنا بعدم القبول مع الاتصال لانه انكار بعد اعتراف فهنا اولى وان قلنا
بقبوله مع الانفصال فقد اختلف الاصحاب هنا فقال الشيخ في المبسوط والخلاف
يقبل منه لعدم منافاته اقراره ولان الاصل براءة الذمة ولان اقراره تعلق بالمبيع
لقبول البدل كما تقدم والاصل عدم القبض وهو اختيار ابن البراج وقال ابن
ادريس لا يقبل قوله لانه اقر بالمسقط بعد الاعتراف والاقوى الاول لان
الانسان قد يخبر بما في ذمته على حدها في ذمته وعدم القبول يسد باب الاقرار
وهو مناف لحكمة الشرع اما لو صدقه المقر له بانه من ثمن مبيع كان القول قول
منكر القبض وعلى لا ينافيه لان العقد يقتضي ملك المشتري العين والبائع الثمن
قال دام ظله ولو قال علي الف من ثمن عبد ان سلم سلمت احتمل تسليم الالف
معجلا وبعد تسليم العبد اقول قال الشيخ رحمه الله ان وصل الكلام كان القول
قول المقر مع اليمين لامكانه ويحتمل عدمه لانه انكار بعد اعتراف والاقوى
القبول كالاولى قال دام ظله ولو قال له الف مؤجلة او زيوفا او ناقصة
لم يقبل مع الانفصال ومع الاتصال اشكال اقول للشيخ قولان احدهما ثبوت
التأجيل مع الاتصال وبه قال ابن البراج والثاني لا يثبت ويلزم به في الحال وبه
قال ابن الجنيد وابن ادريس واختاره المصنف في المختلف والتذكرة الاول لان حكم
الاقرار الزام المقر بما اقر به والحق المؤجل غير الحال فاذا اقر بالمؤجل لم يلزمه غيره
كما لو اقر بنقد معين او وزن ناقص او مال معيب ولان الحق قد يثبت في الذمة
مؤجلا كما يثبت حالا فاذا اتى المقر بالحالتين في ذمته وجب ان يجعل الشارع
له وسيلة اليه ولا وسيلة لو لم نقبل اقراره احتج الاخرون بانه وصل اقراره
بما يسقطه عند المطالبة به ولانه اقرار بفعل الغير لان التأجيل من فعل صاحب المال
عليه فلا يقبل وهو الاصح لانه اقر باستحقاق الغير وادعى ثبوت حق له وهو
التأجيل فيحتاج في اثبات دعواه الى بينة او اقرار الخصم وحكمه قال دام ظله
ولو قال له علي الف واحضرها وقال هذه التي اقررت بها وهي وديعة كانت
لك عندي فقال المقر له هذه وديعة والتي اقررت بها غيرها وهي دين عليك
احتمل تقديم قول المقر لامكان الضمان بالتعدي ولا يقبل قوله في سقوط الضمان
لو ادعى التلف وتقديم قول المقر له اقول الاول قول الشيخ في الخلاف والمبسوط
وهو الاقوى عندك والثاني قول ابن ادريس ووجه الثاني ان على تقتضي
الثبوت

الثبوت في الذمة ولهذا لو قال علي ما على فلان كان ضامنا وان الوديعة لا تثبت في الذمة
فلا يحمل لفظ على عليها ولان الاعيان الموجودة في الخارج لا تثبت في الذمة احتج الشيخ
بان على قد تستعمل في ايجاب رد الاعيان وتسليمها الى المقر له ولان حروف
الصلة قد يقوم بعضها مقام بعض لقوله تعالى ولهم علي ذنب وقوله ولاصلبنكم في
جذوع النخل والاجماع على قبول قوله علي الف درهم وديعة مع الوصل وفي الفصل
خلاف ولو كان على تقتضي ثبوت نفس المقر به في الذمة لم يقبل قوله هنا
لاقتضائه دفع الاقرار لان نفس العين لا تثبت في الذمة بل الواجب الاداء او القيمة
بالتلف قال دام ظله ولو قال اودعني مائة فلم اقبضها او اقرضني مائة فلم لو صح
اخذها قبل مع الاتصال على اشكال اقول ينشأ من ان الايداع والاقراض قد
تصدق من دون القبض والقبول حقيقة عرفية فيقبل تفسيره ويقال اقرضني
فلم اقرض واودعني فلم استودع ومن انه انما يحمل على الصحيح شرعا والمنقسم هو صح
الى القبض والقبول فان القرض والوديعة انما يتحققان بالقبض قال دام ظله
ولو اقر بالبيع وقبض الثمن ثم انكر وادعى الاشهاد تبعا للعادة من غير قبض فالاقرب
سماع دعواه فيحلف المشتري وكذا لو اقر بالاقتراض ثم ادعى الاشهاد في الصك قبل
القبض حلف المقرض اقول وجه القرب العادة ولان عدم القبول يفضي الى الحرج
وهو الاصح عندي ومن انه انكار بعد اعتراف المقصد الرابع في الاقرار
بالنسب قال دام ظله وهل حكم المرأة في اقرارها بالولد حكم الرجل نظر اقول ينشأ
من ان النص ورد في الرجل ومن اتحاد طريقهما ولو ورد رواية بصيغة المذكر يصلح
لشمول المؤنث لو اتت به وقد اختلف الاصوليون فقال بعضهم تتناول الاناث مع
الاطلاق لتغليب المذكر لو اجتمعا والحق انه لا يتناول ولهذا ان الجمع تكرير الواحد
وهو لا يتناول الانثى قال دام ظله ولا يشترط التصديق في الكبير
العاقل اقول هذا اختيار الشيخ في المبسوط وابن ادريس لان الاقرار
بالنسب اقرار في حق المقر على المقر به لئلا تثبت الاضافة فيكون اقرارا في حق
الغير والعقل يقضي برده لادائه الى اختلال احوال العباد وحكم وقبل
في الصبي لحكم لم يوجد هنا وقال الشيخ في النهاية لا يعتبر لانه ليس اقرارا في حقه
والا لكان اقرارا في حقه في حال الصغر لكن الثاني باطل لانه لا يسمع اقرار

غير المولى على الطفل فيصلح اقراره موقوف على ابويه فلو ثبت كذب والجواب الفرق
فانه في الصغر دعوى بغير منازع فعلا ولا قوة ولا دعوى نقل ولا معارض له
ظاهرا فيقبل بخلافه من اهلية للانكار ولتعذر اقامة البينة غالبا والتصديق
منه ويتفرع على الحاق الصغير بعد استلحاقه اذا ثبت نسبه وعدم قتله به لو قتله
وان بلغ لا استلحاق على الموت والقتل لان امر النسب مبني على التغليب ولهذا
يثبت بمجرد الامكان ولا اعتبار بالتهمة فيه قال دام ظله ولو اقر بنبوة ولد
احدى امتيه وعينه الى قوله ولو لم تعين ومات فالاقرب القرعة اقول وجه القرب
رواية لصحة القرعة عن ابي عبد الله عليه السلام ولانه امر مشكل وقال الشيخ الطوسي
رحمه الله في المبسوط يقوم الوارث مقامه في التعيين فان امتنع من التعيين والبيان
وقال العلامة اقرع وفيه نظر فان مجموع الوارث قائم مقامه لو سلم وهذا المعلوم بعضه
ولا يقوم البعض مقام الكل واقرار الكل يستلزم الدور وفيه نظر لان المعتبر من
هو وارث ظاهرا قبل ثبوت الاقرار قال دام ظله وهل يقبل تعيين الوارث
اشكال اقول منشأه ما تقدم ومن انه اقرار في حق الغير ومن ان التعيين حق للميت
فينتقل الى الوارث والتحقيق ان نقول ان اخبر الوارث عن مراد الميت كان شهادة
فيسمع مع اجتماع الشرائط والا فلا وانما ينتقل الى الوارث حق الانشاء لا الحق الاقرار
~~قال دام ظله وهل يقبل تعيين الوارث اشكال اقول منشأه ما تقدم ومن انه~~
~~اقرار في حق الغير ومن ان التعيين حق للميت فينتقل الى الوارث والتحقيق ان نقول~~
~~ان اخبر الوارث عن مراد الميت كان شهادة يسمع مع اجتماع الشرائط والا فلا~~
~~وانما ينتقل الى الوارث~~ قال دام ظله ولو كان المقر العم بعد اقراره بالاخ فان
صدقه الاخ فالتركة للولد وان كذبه فالتركة للاخ ويلزم العم التركة للولد
ان نفى وارثا غيره والا فاشكال اقول البحث هنا يتوقف على مقدمة هي
ان الاعتبار في الاقرار بوارث بالحصة من التركة بصدوره ممن هو وارث لولا
اقراره بهذا الوارث وفي الوارث مطلقا اي بعين التركة او بقيمتها ممن هو
وارث لولا اقراره باولى منه كما ان الحائز للتركة اذا اقر بمشارك فان الاعتبار
يكون حائزا لولا اقراره بمشارك وذلك لا ينافي خروجه عن الحائزية بهذا الاقرار
فكذلك هنا فاذا اقر الوارث ظاهرا بمشارك او اولى من حيث النسب هنا م
حكم

حكم عليه بارث المقر به والا ورث لا بسببه بالنسبة الى الميت اما بنسبة كما هو
ان كان كمالها او مع غيره او غيره بشرائطها ويتفرع على ذلك انه لو اقر العم
باخ للميت حكم باولويته في الميراث واذا اقر بعد ذلك بولد للميت وارث فان
صدقه الاخ والا حيث وان كذبه حكم عليه بمقتضى اقراره لا على الاخ والحلوا
اما ان يكون قد سلم التركة الى الاخ مختارا او لا فان كان الاول ضمن التركة
للولد قطعا وان كان الثاني فاما ان يكون قد سلمه الحاكم بموجب اقراره
او هي باقية في يده الحكم للباقية كما لو اتلفها العم والبحث هنا فيهما فنقول
اما ان يكون قد نفى وارثا غير الاخ باقراره اولا فان كان الاول ضمن للولد
قطعا وان كان الثاني فهل يضمن للولد الحوسيه دفعها الى الاخ باقراره الاول او
لا جزم الشيخ في النهاية بالضمان وقال المصنف فيه اشكال منشأه من
انه ما اقر للاول بالاخ قبل ثبوت نسب الولد بسببه في تفويت التركة على الولد
فيضمن وهو مختار الشيخ ومن انه غير مناف وجاز صدقه فيهما فلم يتعد منه منافي
للاقرار بالولد ولانه لم يقر بعدم استحقاق الولد والمراد منه والاقوى عندي
قول الشيخ قال دام ظله وهل يثبت الغرم بمجرد الاقرار او التكذيب الظاهر
ست صح من كلام الاصحاب الثاني اقول لانه حكم للاول وحكم ببطلان غيره فيكون
اقرارا بملك الغير فلا يقبل كما لو قال ما بيد زيد لعمرو فلا يغرم الا التكذيب للاول
ومن حيث ان اقراره للاخر يستلزم التكذيب للاول ولانه سلف حق الثاني
قال دام ظله وان اقر بخامسة لم يلتفت اليه الا على اشكال اقول منشأه ما حكم
الشارع بالاربع فلم يلتفت اليه في الخامسة ومن انه اقر بها فحكم عليه بمقتضى اقراره لعموم
الخبر وقد اتلف عليها نصيبها باقراره للاول قال دام ظله ولو اقر الاخ
من الاب باخ من الام اعطاه السدس فان اقر الاخ من الام باخوين منها
وصدقه الاول سلم الاخ من الام اليهما ثلث السدس بينهما بالسوية وبقي معه
الثلثان وسلم اليهما الاخ من الاب سدسا اخر ويحتمل ان يسلم الاخ من الام
الثلثين ويرجع كل منهم على الاخ من الاب بثلث السدس فعلى الاول
للاول ثلثا السدس ولهما الثلث وعلى الثاني السدس بينهم اثلاثا اقول وجه

الاول ان الوارث اذا اقر بآخر دفع اليه ما في يده عن حقه هكذا نص الاصحاب
ووجه الثاني ان نصيبه في التركة ان ما حصل لهم وما توى منهم ولهذا
فائدتان آ صحة تصرف القابض في ثلثي السدس وعلى الثاني في ثلثه لا غير
ب لو تلفت التركة قبل قبض السدس الاخر فليس للاخ من الاب قال
دام ظله ولو اقر احد الولدين بابن وانكر الثاني ثم مات المنكر عن ابن مصدق
فالاقرب ثبوت نسب العم ويحتمل العدم لكن يأخذ من تركة الميت ما فضل
عن نصيبه اقول البحث هنا اذا كانا عدلين ووجه القرب انه قد شهد
شاهدان عدلان بالنسب فيثبت اما الاول فلانا نبحث على تقدير عدالتهما
واما الثانية فلعموم النص بانه اذا شهد اثنان وكانا عدلين بالنسب ثبت
ويحتمل عدمه لان شهادة ابن الابن تتضمن الشهادة على ابيه وتكذيب الاب صريحا
لان اباه انكره اولا وان الشارع رد شهادة الابن على الاب لكونها في مظنة
تكذيبه فمن المتضح اولى وهو من باب التنبيه بالادنى على الاعلى ووجه ضعفه وقوة
الاول ان الشهادة بالنسب بالنسبة الى الاب مقبولة من الابن عليه بعد موته بالنص
فصار للاب الميت بالنسبة الى شهادة ابن الابن كالاجنبي والاجنبي اذا
كذبه قبلت الشهادة عليه ولانه ربما كذب الاب ففي شهادة الابن تخليص له
من استمرار المظلمة خصوصا في النسب فقلت المقصد الرابع في الوصايا
وفيه فصول الاول في اركانها ومطالبه اربعة الاول قال دام ظله
ولو قال وهبته وقصد الوصية لا التنجيز فالاقرب صحة التفسير لانه يملكه
اقول ومن حيث انه لم يوضع لهذا المعنى لغة ولا شرعا ولا عرفا على ان ملكت
الذي هو كالجنس ولانه يمكن تنفيذه في موضعه الصريح وهو التمليك الناجز
والاصح الاول لانه لا عرف بنيته ولانه يستعمل فيه مجازا كان يقول وهبته
بعد وفاتي ودلالة اللفظ على حقيقته ظاهر يحتمل النقيض فقد قرن بما يكون
قال دام ظله ولو رد بعد الموت قبل القبول بطل وان كان بعد القبض و
بعده لا يبطل وان كان قبل القبض على راي اقول قال الشيخ يجوز الرد
بعد القبول قبل القبض لعدم استقرار ملكه عليه كما لو وقف قال وقال قوم
لا

لا يصح لانه لما قبل تملكه لها بالموت او بالشرطين وما حصل في ملكه لم يؤثر الرد
لان الملك لا يزول بالاعراض ولانها تلزم بالقبول والموت وقال ابن حمزة
اذا رد الوصية قبل القبض صح الرد لان الهبة اقوى منها لانها منجزة والوصية
معلقة والهبة لا تلزم بالقبض والقبول فكذا الوصية لا تلزم بالموت والقبول
وفيه نظر لاختلاف المتلبس في الحكم والطرفين والاصح الاول قال دام
ظله وفي رد راس العبد مثلا اشكال ينشا من بطلان اول وفيبطل الرد
والوصية اقول ينشا من انه قد يعبر عن الجملة بالراس في العرف العام والاصل
في تصرفات المسلم والعاقل الصحة لا الهذر ومن ان الاصل عدم الاشتراك
والنقل والمجاز والحمل عليه عند الاطلاق الا مع اغلبيته في الاستعمال على
الحقيقة لكنه ممنوع وللاصوليين فيه قولان فهو موقوف على مقدمتين احدهما انه
مجاز غالب والثانية انه اولى من الحقيقة المغلوبة وهما ممنوعان والتحقيق ان
تفريعه موقوف على مقدمات آ لا يصح افراد الراس بشيء من الاحكام بل احكامه
ملزومة للاحكام للجميع ويستحيل وجود الملزوم بدون اللازم ب ان هذا اللزوم
ليس بينا عند كل الناس في كل الاحكام ج الوصية لا تصح الا بالقبول واذا
اقترن بها رد بطلت اذا تقرر ذلك فنقول منشا الاشكال ان اللزوم غير
بين والحكم به على المكلف بمجرد حكمه بثبوت الرد في الملزوم لجواز كونه غير بين عنده ولم
يعتبر به في البيع وغيره بل ابطل تصرفه وهذا قياس استقريناه كثيرا من احكام الشرع
فيبطل رد الراس لعدم الحكم برد الباقي كما تقرر من عدم انفراده بالحكم ومن حيث
انه قد رد الوصية في جزء فلا يمكن صحتها فيه لاشتراطها بالقبول وبطلانها بالرد
قبله اجماعا والباقي لا يملك بدونه فتبطل الوصية فيه لعدم قبوله الملك والحاصل
انه اثبت احد البطلانين ونفى الاخر فتعارض النفي والاثبات والاصح بطلان الوصية
قال دام ظله ولا يكفي الكتابة بدون الاشارة او اللفظ وان عمل الورثة ببعضها
على راي اقول هذا اختيار ابن ادريس للاصل ولعدم لزوم الشرع بالشروع وقال
الشيخ في النهاية يتخير الوارث بين العمل بها وبين ردها فان عملوا بشيء منها
لزمهم العمل بجميعها وقد روى الصدوق في كتابه عن ابراهيم بن محمد الهمداني
قال كتبت اليه رجل كتب كتابا بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي

ولم يقل فيه وصيتي الا انه كتب كتاباً فيه ما اراد ان يوصي به هل يجب على ورثته
القيام بما في الكتاب بخطه ولم يامرهم بذلك فكتب عليه السلم ان كان له ولد ينفذون
شيئاً منه وجب ان ينفذوا كل شيء يجدون في كتاب ابيهم في وجه البر او غيره وليست
صريحة فيما قاله الشيخ وهي مكاتبة لا يتحقق حالها ولئن سلمنا فهي محمولة على
اعترافهم بصحة الوصية بقي هنا بحثان آ اذا اقترن بالكتابة اشارة مفهمة
مع عجزه عن النطق عمل بها باجماع علمائنا ولان الحلبي روى في الصحيح عن الصادق
عليه السلم ان اباه حدثه ان امامة بنت ابي العاص بن الربيع اعتقل لسانها فاتاها
الحسن والحسين عليهما السلم وهي لا تستطيع الكلام فجعلا يقولان لها اعتقت فلانا
واهله فتشير براسها نعم ام لا قلت فاجاز ذلك قال نعم ب الاشارة المفهمة
مع الكتابة والقدرة على النطق هل يكفي قال المصنف في التذكرة يحتمل ذلك لانها
كناية والوصية بالكنايات جائزة والاقوى عندي عدم الجواز لان الانشاءات
الشرعية لفظية فكلية الكبرى ممنوعة قال دام ظله ولو قرأه ان هذه
مع نفسه فقال المقر قد عرفت ما فيه واشهد علي به فالاقرب القبول اقول
هذا اختيار ابي الجنيد لاعترافه بمعرفته بما فيه فيحكم عليه بالحنث والاقرب عندي عدمه
لما يحتمل عنه وكان نصاً في الوصية والموصى به فتصح ويحتمل عدمه لانتفاء
الدلالات الثلاث اذ لا التفات بوضع اللغة قال دام ظله وهل
القبول كاشف عن انتقال الملك الى الموصى له بعد الموت او سبب فيه اشكال ينشا
من انتفاء الملك عن الميت وعدم دخوله في ملك الورثة لقوله تعالى من بعد وصية
فلو لم ينتقل الى الموصى له بقي بغير مالك ومن كون القبول اما جزءا من السبب او
شرطا كقبول البيع وانتفاء الملك عن الميت ممنوع كما لو قتل وكما المديون
وكما لو نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته والاثار بها بعد وصية مقبولة و
الاقرب الاول ويمنع سببيته بل هو كاشف عن صحة الوصية وفسادها والمقتول
والمديون لا يملكان لكن الدين يتعلق بالدية والتركة تعلق الرهن والصيد لا يملكه
الميت اقول الموصى له اما ان يكون واحدا معينا بالشخص او بالصنف او بالنوع
او كثيرا كثرة محصورة او غير محصورة وكلما كان واحدا معينا بالشخص
او كثيرا كثرة محصورة معينة اعتبر فيه القبول والا لم يعتبر
القبول

لامتناعه من الموصى له وولاية الغير على خلاف الاصل والبحث هنا فيما يعتبر
فيه القبول فنقول اختلف الاصحاب في هذه المسألة على ثلثة اقوال آ
قول الشيخ في بعض كتبه وابن الجنيد ان القبول كاشف عن ملك الموصى له بعد
الموت ملكا تاما لازما وهو اختيار المصنف هنا ب قول المصنف في المختلف
وابن ادريس والشيخ في كتاب الخلاف وهو ان القبول سبب ولا نعني
بالسبب هنا السبب التام بل جزء السبب فانه قال والذي يقوى في نفسي
انه لا ينتقل بالموت بل بانضمام القبول من الموصى له وحكى في المبسوط القولين ج قال
الشيخ في موضع من الخلاف انه ينتقل بالوفاة وذكره في المبسوط قولا لبعضهم وجعله
انتقالا لا استقرارا فانما يستقر بالقبول ويزول بالرد ونقل فيه ونقله المصنف
في تذكرة الفقهاء احتج الاولون بوجوه آ الاية المذكورة في الاصل اخر الارث عن
مجرد الوصية بفعل الموصي ولم يشترط القبول لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها والاضمار
والحذف على خلاف الاصل ولانه جعل الوصية مقدمة على الارث وسببه الموت ولو
كان القبول سببا او شرطا لزم ان يكون ما بالغير قبل ما بالذات وهو محال ب
كما تقدم على الشيء المحتج الخارج عن علل المتاخر التامة وحكم انتفاء الموصي متقدم
على الارث للاية والموت علة في الارث ولا يتوقف حكم الابقاء على غيره فالقبول كاشف
ج ان استحقاقه متعلق بالموت فاشبه الارث واحتج القائلون بالثاني بان انتقال
الملك لابد له من سبب لانه حادث وليس الا الوصية والوفاة والقبول اجماعا والاولان
لا يصلحان مع عدم الثالث لتخلف المعلول عنهما ولما بطل مع عدم القبول لان ما لا
يتوقف وجوده على وجود شيء بوجه ما لا يؤثر عدمه في عدمه كان بعض العلل اذ عدم
المعلول لعدم العلة ولانه لو ملكه بالموت لما ارتد بالرد كالميراث ولانه تمليك فيتوقف
فيتوقف الملك فيه على القبول كالبيع ونحوه ولانه ليس للموصي ولاية على الموصى له فلا
يملك بملكه فيهما كما لا يملكه ان لم يملكه واحتج المصنف على قوله في التذكرة
بانه بعد الوفاة وقبل القبول ملك يستحيل كونه بلا مالك لانه شبه بينه وبين الحلول
وثبوته للميت فان الموت علة في زوال الاملاك عنه للورثة والا لتلقى الموصى
له الملك عنهم وهو باطل اجماعا ولان ملك الورثة متاخر عن الوصية للاية ولغيره

وعتق الموصى له اجمع فيعتق الحمل ويتبع لزوجه واستقراره قبل القبول بالابدال اريد
بالزوج فتعين ما اخترناه وفيه نظر لانه على تقدير عدم القبول يختار كونه للوارث
ولاستحالة حينئذ وعدم القبول كاشفا عما في نفس الامر وعلى تقديره فللموصى
له فالقبول كاشف والاصحاب صرحوا به وتوقف بعضهم لتعارض الادلة واعترض المصنف
بان البحث عما في نفس الامر والتوقف انما هو بالنسبة الينا والبحث فيه وعلى
القول بان ملك الموصى له متأخر عن القبول فالملك قبل القبول للوارث او تبقى للميت
فيه وجهان لاستحالة خروجه عنهما وتعارض هنا تجدد به للوارث الذي هو سبب ملك
الوارث على الوصية واشتراط بعدمها وكلما شرط بعدم ملكه فالملك
منافية له قطعا فيحتمل تقدم سببه عليها واجتماعه مع منافي سببه وعدم
اهلية الميت للملك لانه من الاعراض المشروطة بالحيوة وقال بعض الفقهاء عدم
اهليته للملك ممنوع ومنقوض بتملكه فيما يحتاج اليه من مؤنة تجهيزه ودفنه
وقضاء ديونه قال دام ظله ولو اوصى له بزوجته فاولدها بعد الموت وقبل
القبول فالولد حر وامه ام ولد على الاول وعلى الثاني الولد رق للورثة اقول
هذا فرع على القاعدة المذكورة وتقريره اذا تزوج امة من حر وشرط رقية الولد
على القول بصحة الشرط ثم اوصى له بها ثم مات الموصي فاولدها الموصى له بعد موت
الموصي وقبل القبول ثم قبل بعده فان حملت بعد الاول وهو ان القبول كاشف
عن ملك الموصى له بالموت ينفسخ النكاح لان النكاح لا يجتمع مع ملك اليمين لتضاد
احكامهما وملك اليمين اقوى فينفسخ النكاح بالموت ويستند تحليله الى ملك اليمين
ويكون ام ولد وولدها حر وعلى الثاني وهو كون القبول سببا فملك الموصى
له متأخر عن القبول فعلى القول بانتقالها الى الوارث بالموت وان الولد
لا يتبع الام في الوصية وغيرها بل هو نماء منفرد حكمه يكون الولد قد تجدد في
ملكهم فيكون رقا مستقرا لهم وان قلنا بتبعيته كالسنخ فالولد حر قال
دام ظله ولو مات الموصى له قبل القبول والرد فان قبل وارثه ملك الجارية
والولد وعتق عليه ان كان ممن ينعتق عليه على الثاني على قول الشيخ اقول
هذا فرع على المسألة السابقة وتقريره ان الزوج المذكور في المسألة السابقة
الموصى له

الموصى له بزوجته وعلقت منه بعد موت الموصي وقبل القبول اذا مات قبل القبول
والرد انتقل حق القبول الذي هو كاشف على قول ومملك على آخر الى الوارث فلما
قبل وارثه فعلى القول بان القبول كاشف ظهر ملك الموصى له بموت الموصي
فينعقد الولد حرا وامه ام ولد وان قلنا ان القبول سبب ملك الوارث
الجارية واما الولد فان قلنا انه تابع في الانتقال كان رقا للوارث فان كان ممن
ينعتق عليه انعتق والا استقر ملكهم عليه واشار بقوله على الثاني الى ان شبهه
القبول واشار بقوله على قول الشيخ الى ما اختاره الشيخ من ان الحمل كالجزء
من امه يدخل في بيعها او الوصية بها لانه اذا قلنا انه يملك بالقبول وقلنا انه ليس
كالجزء من امه فيكون منفردا بحكمه انتقل الى ورثة الموصى له لانه نماء على سبب
ملكهم بل هو نماء الورثة الموصي على احد الوجهين او على حكم مال الميت على الوجه
الآخر فيحسب من التركة وههنا فروع كثيرة تتفرع على سبب ملك الموصى
له ليس هذا موضع ذكرها المطلب الثاني في الموصي قال دام ظله ولا
تنفذ وصية الصبي وان كان مميزا في المعروف وعنه اقول هذا اختيار ابن ادريس
لعدم مناط التصرف في المال وارتفاع القلم عنه كالمجنون وكلمة يصح برفع القلم
ثابت عليه وجوز الشيخ في النهاية وابن البراج وصيته وهبته بشروط ثلاثة آ
بلوغ العشر ب وضعه للاشياء مواضعها ج كونها في المعروف وجوزهما
المفيد بالشرائط المذكورة دون وقفه وجوز سلار وصيته بالشرائط دون
وقفه وهبته وجوز ابو الصلاح وصية من بلغ عشرا مطلقا ووصية من نقص عنها
في المعروف وساوى ابن الجنيد بين البالغ الرشيد وبين ابن ثمان سنين وسبع
مع وضعها للاشياء مواضعها وجوز ابن حمزة وصية المراهق الرشيد مطلقا وعتقه
وهبته بالمعروف دون غيرهما اختاره الشيخ لما رواه الصدوق في الصحيح
عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن الصادق عليه السلام اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت
وصيته والتشبيه مانع في الكبير ففي الصغير اولى والصبي محجور عليه في الاموال ماخوذ
بالعاهات فيجمع بين الخاصين ويحمل على الوصية بالمعروف جمعا بين الادلة و
لرواية الصدوق في الصحيح عن ابي بصير عن الصادق عليه السلام قال اذا بلغ الغلام عشر سنين
واوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته الحديث فان كان في المعروف او

العامّ فالمطلوب وان كان في عتقه فهو اولى فالمعروف متحقق وغيره مشكوك فيه
والاصح الاول لان صحة التصرف ملزومة للتكليف وهو منتف في حق الصبي
فينتفي ملزومه قال دام ظله ولو جرح نفسه بما فيه هلاكها ثم اوصى لم تقبل
ولو قيل بالقبول مع تيقن رشده بعد الجرح كان وجها يحمل الرواية على عدم استقرار
الحيوة على اشكال اقول الاول وهو عدم القبول مطلقا قول الشيخ وابي
الصلاح وابن البراج ونقله ابن الجنيد رواية عن الصادق عليه السلم ورجحه المصنف
هنا والاقوى عندي وقال الشيخ ومن احدث في نفسه حدثا للقتل من جراح
او شرب سم ثم اوصى كانت وصيته مردودة والثاني قول ابن ادريس احتج الاولون
بانه سفيه فلا ينفذ تصرفه في المال ولانه قاتل نفسه فلا يتصرف في ماله كالوارث لو قتله
منع منه ولانا نثبت سفهه ونمنعه من التصرف في المال باتلاف ماله فنفسه اولى
ولما رواه ابو ولاد عن الصادق عليه السلم فان كان اوصى بوصية بعد ما احدث في نفسه
من جراحة او قتل لعله يموت لم تجز وصيته احتج ابن ادريس بانه عاقل رشيد
فينفذ تصرفه كغيره ولعموم النهي عن تبديل الوصية لقوله تعالى فمن بدله بعد
ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه ولقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين
وهي عامة والجواب ان ابن ادريس جعل العلة في منع الاصحاب والرواية عدم
رشده والمصنف علله بعدم استقرار الحيوة فلا تقبل وصيته سواء كان رشيدا
او لا واما الاشكال في هذا فمنشأه ح ان ابطال وصية غير مستقر الحيوة يحتمل
ذلك لانه صار في حكم الميت ولهذا لا يحتاج الصيد الى ذكاة اذا اعدم
استقرار حيوته ويحتمل الجواز لانه حي عاقل بالغ رشيد فيصح ونمنع كونه في
حكم الميت ولهذا يجب الدية كملا على من قتله ولانه يلزم بطلان وصية المريض لو
بلغ هذه الحالة ولم يقل به احد ح اذا قلنا بعدم الصحة فهل تحمل الرواية
وقول الاصحاب عليه لانه قد يكون رشيدا فلا يصح المنع مطلقا من حيث السفه
لعدم جواز وجود المعلول بدون العلة وحمله على منع الوارث قياس ويحتمل
عدمه لانه قد يكون مستقر الحيوة فلا يصح منع وصيته مطلقا لعدم الاستقرار
لما بينا اولا قال دام ظله فان اوصى العبد لم يصح فان عتق وملك ففي
النفوذ اشكال اقول منشأه من انه ليس له اهلية الملك حال الوصية
فلا

فلا يكون له اهلية التصرف فيه عن نفسه ولانه شرط انه لو مات في الحال صحت
الوصية وليس هنا ولانه لا يصح تعليقها بشرط ولو صحت بشرط عتقه لصح
تعليقها على شرط ومن انه ليس تصرف في الحال بل انما هو عند الموت فيجب ان
تكون الشرائط حاصلة ولان مناط الوصية البلوغ والعقل والرشد
وحصول الملك عند الموت لانه لو اوصى من لا يملك شيئا اصلا حال الوصية
ثم ملك عند الموت صحت الوصية اجماعا والاصح الاول لان موضوع التصرف
الملك او كون الموصي اهلا له وليس هنا لان العبودية تسلبه الاهلية ولعدول
الباقر عليه السلم قضى امير المؤمنين عليه السلم في مكاتب قضى نصف ما عليه فاوصى
بوصية فاجاز نصف الوصية وقضى في مكاتب قضى ثلث ما عليه واوصى بوصية فاجاز
نصف الوصية واذا لم يصح وصية المكاتب فلا يصح وصية العبد ولم يشترط امير
المؤمنين عليه السلم ان يموت قبل عتقه بل نفى مطلقا وترك الاستفصال مع
قيام الاحتمال يدل على العموم في المقال قال دام ظله وتنفذ وصية الكافر
الا بخمر او خنزير لمسلم وفي الذمي اشكال اقول منشأه من ملك الذمي له
ولهذا يضمنه له المسلم وقد امرنا بتقريرهم على احكامهم ومن ان الشارع حكم بنفي
ملكه وكلما احكم بصحة وصيته حكم بملكيته والامر بتقريرهم بمعنى ترك معارضتهم
وهذه المسئلة تبنى على ان الكافر مخاطب بفروع العبادات والاصح البطلان قال
دام ظله ولو قال العبد متى عتقت ثم مت فثلثي لفلان فالاقرب الجواز اقول
وجه القرب انه تصرف وارد على حال الوفاة والحرية فالمنع للعبودية الا انه منتف ومن
انه ليس له اهلية الملك فيسلب اهلية التصرفات المترتبة عليه ولانه علق الوصية
على شرط والاصح عندي البطلان المطلب الثاني الموصى له قال دام ظله
ولو مات بعد انفصاله حيا صحت وكانت لورثته ويسقط اعتبار القبول هنا
على اشكال اقول الوصية للحمل جائزة لان الوصية ثابتة اوسع مجالا
من الارث لان العبد والمكاتب لا يرثان وقد تصح الوصية لهما وكذا
الكافر على قول واذا ثبت الميراث للحمل فالوصية اولى بالجواز لكن بشرطين
علم وجوده عند الوصية وسقوطه حيا اذا عرفت ذلك فنقول هل
يشترط هنا القبول من الولي قال المصنف فيه اشكال منشأه

من اطلاق الاصحاب صحة الوصية وانه اذا مات بعد الاستهلال كان لوارثه
ولم يشترطوا القبول وهو يدل على عدم اعتباره ولان الشارع اوجب
القبول على الولي فيما له غبطة فيه وابطل رده ومن ان القبول شرط
للوصية ولان الوصية تقتضي ملكا ان يملك مع الوفاة لا الملك حقيقة
لانه ميت ليس له ولانه ليس له تمليك غيره بغير اختياره والاصح اعتبار القبول
هنا **قال** دام ظله ولو رد الولي للمصلحة فالاقرب بطلان الوصية ان
رد بعد الموت وكذا لو رد بعد بلوغه **اقول** وجه القرب ان الولي يقوم
مقام المولى عليه في التصرفات مع مراعاة المصلحة فيصح الرد مع اشتماله على
المصلحة والمجوز صرف ماله في المصالح وان الملك الحقيقي اللازم فائدة له
الملك الغير المستقر او ملك ان يملك اولى ومن ان الحق او ملكه بغير عوض
اصلا فكان كالتبرع الممنوع منه والاصح الاول **قال** دام ظله وهل النماء
المتجدد بين الوفاة والرد تابع او للموصى له اشكال **اقول** هذه المسئلة تبنى على
ان الموصى له هل يملك بالموت والرد فسخ متجدد والقبول سبب في اللزوم
او يكون الملك مراعى والقبول كاشف عن الملك بالموت والرد كاشف عن
عدمه وبطلان الوصية او القبول سبب او شرط في الملك فعلى الاول يكون
النماء للموصى له وعلى الباقي لا يكون له بل للورثة وكذا على الثالث والاصح عندي
انه تابع للعين في الرد ولما كانت الاصول التي تبنى هذه المسئلة عليها فيها
اشكال وخلاف بين الفقهاء كان في هذه المسئلة اشكال ايضا واعلم انه
اشار بقوله او للموصى له الى القول الاول وبقوله او تابع الى الاقوال الباقية
فانه كلما كانت العين ملكا له قبل القبول فالنماء له وكونه تابعا اي في الرد
قال دام ظله ولا تصح لمملوك الاجنبي ولا المدبر ولا ام الولد ولا المكاتب
المشروط على اشكال **اقول** ينشأ من انفراده بمعاملة مولاه وضمانه له
ومن انه مملوك الغير فلا تصح الوصية له لرواية عبد الرحمن بن الحجاج عن
احدهما عليهما السلام قال لا وصية لمملوك ولان الوصية اما له او لسيده
والثاني باطل لان الموصي لم يقصده والاول باطل لان كل من يوصى له يملك ولا
شيء من عبد الغير يملك لا يقال ينتقض بعبد نفسه لانا نقول

الوصية لعبد نفسه وصية له بنفسه اي بفك ملكيته ولا شيء من عبد الغير يتحقق
فيه ذلك ولرواية محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام في مكاتب كانت تحته امرأة
حرة فاوصت له عند موتها بوصية فقال اهل الميراث لا تجيز وصيتها انه مكاتب
لم يعتق ولا يرث فقضى انه يرث بحساب ما اعتق منه ويجوز له من الوصية
بحساب ما اعتق منه والمشروط لم يعتق منه شيء وقضى في مكاتب اوصى له بوصية
وقد قضى نصف ما عليه فاجاز نصف الوصية وقضى في مكاتب قضى ربع ما
عليه فاوصى له بوصية فاجاز ربع الوصية واعلم ان الشيخ في الوصية لجائز
الوصية لعبد الوارث ومكاتبه قال لان الوصية للوارث عندنا تصح **واقول**
هذا دليل مركب من مقدمتين احديهما ان الوصية للعبد وصية لمولاه والثانية ان
الوصية للوارث تصح وهو ممنوع الصغرى ومعارض بالاجنبي واختار ابن البراج
مذهب الشيخ في المبسوط **قال** دام ظله وفي الوصية للجزء الحر اشكال **اقول**
ينشأ من انه لا يتصور حصول الملك لبعض الانسان دون باقيه ومن انه يرث بحساب
ما اعتق ويملك ايضا به فالمالك هنا الجزء الحر فصحت الوصية له وقد نطق به عبارة
الفقهاء تدل على خلافه فانهم قالوا لا يرث بجزئه الحر والمالك بالنسبة فجعلوا الوارث
الشخص وجعلوا السبب الحرية ولو كان الجزء هو الوارث لقالوا ورث جزؤه
الحر ولم يذكر احد من الفقهاء ذلك والروايات انه يرث بحساب ما عتق فجعل
الوارث هو الشخص والاصح عندي الاول والتحقيق ان المالكية من الاعراض
النفسانية والمملوكية من الاعراض الجسمانية السارية المنقسمة بالمحل وحصول الاول
للنفس لا باعتبار كالاشتراط باسقا السابقة عن البدن المفارق لملك النفس
اذ الحق تغايرهما عند محققي المتكلمين مع عدم هذا الشرط عن كل البدن
بعدم الاولى بالكلية على الاقوى ومع ثبوته في بعضه يثبت الاولى ناقصة عن ثبوته
للنفس بالنسبة الى الجزء المضاف اليه وهو المملوك نسبتها اليه كنسبة
الجزء الثابت له الشرط الى البدن كله فالمالك في الحقيقة هو النفس لا باعتبار لا
بعضها فالمتحرك هو المملوك لا المالك **قال** دام ظله وتصح الوصية
للجزء الشائع لعبد الموصي ومدبره ومكاتبه فلو كان له ثم يعتق ما اوصى
به بعد خروجه من الثلث فان كانت بقدره قيمته عتق ولا شيء له وكان الموصى

بين الورثة وإن كانت قيمته أقل أعتق وأعطي الفاضل وإن كانت أكثر سعى للورثة
في الباقي وإن بلغت الضعف على رأي **أقول** هذا اختيار الشيخ في الخلاف
وابن الجنيد وأبي الصلاح وابن إدريس وقال المفيد في المقنعة والشيخ في
النهاية تبطل الوصية إذا بلغت الضعف وتبعهما ابن البراج في كتابي المهذب
والكامل احتج المصنف بأن الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضه لأنه
من جملة الثلث الشائع والوصية لنفسه تصح لأنه في الحقيقة وصية بعتقه والفاضل
تستحقه بالوصية لأنه يصير حرا فيملك الوصية فيصير كأنه قال أعتقوا عبدي
من ثلثي وأعطوه ثلثي الفاضل ولما رواه الحسن بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام
في رجل أوصى لمملوكه بثلث ماله فقال قوم المملوك بقيمة عادلة ثم ينظر ما ثلث
الميت فإن كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في
ربع القيمة وإن كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق العبد ودفع إليه الفاضل
قال دام ظله وفي المعين إشكال **أقول** إذا أوصى لعبده بعين بقدر قيمته رقبته
أو بعضها وبالجملة بأمر كلي يندرج تحت ذلك الأمر رقبته صح إجماعا وقومت رقبته
وعتق منه بقدره فإن فضل فالوصية له وإن أعوز عتق منه بالنسبة قيل العلة
في صحة ذلك كونه يتناول الرقبة وقيل لكونه وصية لعبده مطلقا ويتفرع على ذلك ما
إذا أوصى له بعين معينة هل يصح ذلك أو لا وقال المصنف فيه إشكال ينشأ من أنه
إنما جاز الشائع لدخول رقبته فيه فصار كالموصى بعتقه وهو منتف هنا وهذا على
القول الأول وقول أحدهما عليهما السلام لا وصية لمملوك ولأن مقتضى الوصية
تملك العبد وهو محال لأن المحل غير قابل ولأنه أوصى بإعطاء عين ولا
يجوز التخطي لأنه تغيير للوصية ولأن عتقه تبديل للوصية ولا يصح بخلاف الكل
ومن عموم الرواية المتقدمة وأصالة الصحة وعموم الآية المقتضي لوجوب العمل بالوصية
وإطلاق الأصحاب أنه إذا أوصى لعبده تصح وقوم العبد وأعتق وهذا هو
الأصح عندي **قال** دام ظله ولو أوصى للدابة فإن قصد التملك أو أطلق بطل
وإن قصد الصرف إلى علفها فالأقرب الجواز **أقول** إذا أوصى بشيء للدابة
فأقسامه ثلاثة إن قصد تمليكها إياه أو يقصد صرفه في علفها أو يطلق فإن كان
الأول فهو باطل لأن تمليكها محال وإن كان الثالث فباطل أيضا لأن الإطلاق
يقتضي التمليك وإن كان الثاني فالأصح الصحة لأنه وصية في الحقيقة
للمالك

الحاكي للغرض

للمالك لأن علفها عليه فهو المقصود بالوصية لأنها وصية بصرفها في مصلحة مملوكة
لمالك الدابة وكلما كان كذلك فهو وصية له ومن حيث إن الوصية لمن أضيف
إليه له وإنما أضافها له إلى الدابة فلا تصح الوصية لها والأصح الأول
لأنه لفظ قصد به غير ظاهره فيكون كناية والوصية بالكناية صحيحة **قال**
دام ظله والأقرب التوقف على قبول المالك حينئذ **أقول** وجه القرب أن
قلنا بالصحة أنها وصية للمالك كما لو أوصى بعمارة داره ولأنه لو لم يكن للمالك
لكانت للدابة أولا وبالذات والثاني باطل وإلا لبطلت الوصية ويحتمل على تقدير
صحتها فيعتبر قبوله ويحتمل عدمه لأنه وصية في وجه من وجوه القرب لقوله
عليه السلام على كل كبد حرى أجر فلا يشترط القبول كما لو أوصى بالعتق والحج أو
والأصح الأول لأن حدوث الاستحقاق للملك من غير رضاه بعيد جدا
قال دام ظله ففي الدفع إليه حينئذ إشكال **أقول** ينشأ من أنها تصرف
في مصلحته فيتولى قبضها ولأنها له ومن أنه أمر بصرفه في وجه خاص فتتولاه الوصي
أو القاضي لأن الصرف في هذا الوجه لا يستلزم توليته والأقرب الأول **قال**
دام ظله فإن دفع ففي جواز الصرف إلى غير العلف إشكال **أقول** ينشأ
من وجوب اتباع غرض الموصي لأنه لولا ذلك لكان تبديلا للوصية وكل تبديل
للوصية محرم باطل بالآية ومن أنها وصية له والأقرب الأول **قال** دام ظله
والأقرب صحة الوصية للذمي وإن كان أجنبيا والبطلان للحربي والمرتد **أقول**
قال الشيخ في المبسوط لا تصح الوصية عندنا للكافر الذي لا رحم له من الميت وفي
الخلاف الوصية لأهل الذمة جائزة بلا خلاف وفي أصحابنا خاصة من قيدها
إذا كان من قرابته ولم يشترط الفقهاء ذلك فأما الحربي فلا تصح الوصية
له وجوز في النهاية الوصية لذي الرحم الكافر مطلقا وذهب المفيد إلى صحة الوصية
للكافر وشرط في المقنعة عليه كونه ذا رحم وقال ابن الجنيد إذا أوصى بفداء أسرى
بعض أهله من أيدي أهل الحرب من أهل الكتاب والمشركين جاز ذلك ولا أجيز
وصيته للحربي ومنع ابن البراج الوصية للكافر مطلقا وجوز ابن إدريس
الوصية للكافر مطلقا وجوز أبو الصلاح الوصية للكافر إذا كانت تبرعا
لصلته والصحيح ما اختاره المصنف وهو جوازها للذمي مطلقا
وبطلانها للحربي والمرتد ولما رواه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام

في رجل اوصى بماله في سبيل الله قال اعط لمن اوصى له وان كان يهوديا او نصرانيا ان
الله تعالى يقول فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه ان الله سميع
عليم وايضا لما جازت الهبة للذمي وهي امضى عطية من الوصية كان جواز الوصية
اولى لا يقال ينتقض بالحربي حيث جازت الهبة له دون الوصية لانا
نقول الفرق ان ملك الحربي غير لازم وماله غير معصوم والهبة دفع
ماله اليه بل يباح الاستيلاء عليه فلو جازت الوصية للحربي لكان اما ان يجب
على الوصي الدفع اليه وهو محال لما تقدم او لا وهو المطلوب اذ معنى البطلان
عدم ترتب اثر الثبت عليه واثر الوصية وجوب التسليم احتج بقوله
تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم
ان تبروهم وتقسطوا اليهم انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين
ولان الوصية مبرة الذمي وتمنع مبرة الحربي والوصية مبرة احتج المجوز
للكافر مطلقا بقوله عليه السلام على كل كبد حرى اجر والجواب قد بينا المخصص
احتج المانع مطلقا بان الوصية نوع مودة فيدخل تحت النهي والجواب
المنع من الصغرى واعلم ان المصنف ادام الله ايامه اختار جواز الوقف على
المرتد عن غير فطرة في هذا الكتاب وهنا منع من الوصية للمرتد ولم يقيد بكونه عن
فطرة وسالناه عن ذلك فقال الاصح عندي ابدا لا يصح الوقف عليه ولا الوصية
له انا استمر على الكفر الى ان مات او قتل والاصح بمعنى ان يكون احدهما
كاشفا اي اسلامه كاشف عن صحة الوقف والوصية وموته على الكفر
كاشف عن بطلانهما فقولي في الوقف بالصحة وهنا بالبطلان لا تنافيان
لانه على تقديرين قال دام ظله ولو اوصى لام ولده فالاقرب انها تعتق
من الوصية لا من النصيب اقول اتفقت الامامية على صحة وصية
الانسان لام ولده ثم اختلفت الامامية في عتقها هل تعتق من نصيب ولدها
وتعطى ما اوصى لها به ام تعتق من الوصية فان قصرت الوصية عن القيمة
اعتق الفاضل منها من نصيب الولد اختاره المصنف والذي في هذا الكتاب
الثاني وهذا اختيار ابن ادريس لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها
او دين جعل تعالى استحقاق الارث بعد الوصية والدين فلو
اعتقناها من سهم ابنها لقدمنا الارث على الوصية وهو خلاف الاية
وقال

وقال الشيخ في النهاية والمصنف في التذكرة تعتق من نصيب ولدها
وتعطى ما اوصى لها به كذا في كتاب العياشي ولانتقال التركة من حين الموت
الى الورثة عند المصنف وقال ابن الجنيد تعتق من وصيتها او نصيب ولدها
وتعطى بقية الوصية وقال ابن بابويه تعتق من الثلث وتعطى الوصية لما
رواه ابو عبيدة في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت
له ام ولد وله منها غلام فلما حضرته الوفاة اوصى لها بالفي درهم او باكثر
للورثة ان يسترقوها قال فقال لا بل تعتق من ثلث الميت وتعطى ما اوصى لها
به وحملها المصنف في التذكرة على انها تعتق من نصيب الولد على ان تكون الثلث
نصيبا له وهو جيد واجاب عن حجة ابن ادريس بان المراد في الاية استقرار
الملك لما تقدم من عدم صلاحية الميت للتملك وعدم انتقالها الى الديان
والموصى له قبل القبول واستحالة بقائها بغير مالك فينتقل الى الورثة والمانع
الملك المستقر وايضا نمنع التقديم على الارث هنا بل نقول انها بالوفاة تعتق
ويحسب قيمتها على الولد لان العتق مبني على التغليب والسراية ولهذا لو لم يكن
هناك وصية والارث سواها فانها تعتق على الولد وتستسعى للباقي الورثة
مع امتناع تقديم بعض الوارث في الارث لما وراهم وذهب الجمهور الى
عدم صحة الوصية لام الولد لانها حرة بعد موته بلا فصل وتعتق من راس
المال والوصية تعتق من الثلث قال دام ظله ولو اوصى لقرابته فهو
للمعروف بنسبه ذكرا كان او انثى صغيرا او كبيرا غنيا او فقيرا من قبل الاب
او من قبل الام بعيدا كان او قريبا بالسوية وقيل لمن يتقرب اليه الى الاب الرابع
وقيل من في الاسلام ومعناه الارتقاء الى ابعد جد في الاسلام والى فروعه
ولا يرتقى الى اباء الشرك اقول هنا مسائل آ تصح الوصية للاقارب
بلفظ مطلق باجماع الكل ب اختلف الفقهاء في محله على اقوال ذكر منها
هنا قولين الاول وهو اختيار الشيخ في الخلاف والمبسوط وابن ادريس وهو
الاصح عندي وعند والدي وجدي والثاني اختيار الشيخ في النهاية
والمفيد في المقنعة وانما اعتبرنا الاسلام لقوله عليه السلام قطع الاسلام

ارحام الجاهلية ويؤكده قوله تعالى لنوح انه ليس من اهلك واما قول ابن
الجنيد وهو ان يكون لمن تقرب اليه من جهة ولده او والديه ولا اختار
ان يتجاوز به ولد الاب الرابع لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يتجاوز ذلك
في سهم ذوي القربى من الخمس حيث فرقه قلنا ان اللفظ انما يحمل على المفهوم
العرفي اذا تجرد عن الحقيقة الشرعية واذا اطلق القرابة فهم المعروف بالنسب
عرفا علما ده يتساوى فيه القريب والابعد والذكر والانثى لان لفظ القرابة
مشترك بالاشتراك المعنوي بين الكل واللفظ حقيقة فيه والا لكان مشتركا
بالاشتراك اللفظي وما به التفاوت خارج عنه والا لم يكن واحدا واللفظ عند
الاطلاق انما يحمل على حقيقته لا يقال ما يستحق بالقرابة فيقدم الاقرب كالميراث
لانا نقول الميراث يستحق بقرابة مخصوصة والوصية تستحق بالقرابة المطلقة
د ظه مما ذكر دخول الوارث فيه لان الوصية له عندنا صحيحة لقوله تعالى
كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين
ودلالته على الوصية للوالدين نصا وعلى الباقي بعموم لفظ الاقربين ثم اكد
الامر بقوله حقا على المتقين وهو يعطي عدم انفكاك من لا يعتقد حقيقتها ثم
عقبه لما اكده بالوعيد بالعقاب على المتبدل بقوله فمن بدله بعدما سمعه
فانما اثمه على الذين يبدلونه ثم نفى الوعيد بقوله ان الله سميع عليم قالوا منسوخ
بآية المواريث قلنا لا تعارضه بل تؤكده لنصها على تقديم الوصية مطلقا قال
دام ظله ولو قال لقرابة النبي عليه السلام فهو لاولاد عبد المطلب او لاولاد
هاشم دون بني عبد شمس وبني نوفل والاقرب دخول بني المطلب هنا اقول
لانهم قرابة النبي عليه السلام في النسب لقوله عليه السلام نحن وبنو المطلب لا نفترق
في جاهلية ولا اسلام والمراد اتحاد القبيلة والاحكام لانه ليس المراد
الافتراق المكاني ولا في غير الاحكام الشرعية لان كلام النبي عليه السلام
مهما امكن حمله على الحكم الشرعي فهو اولى من غيره لانه عليه السلام بعث لذلك
ولانه لم يفترق عليه لئلا ينقض عرفا عليه لا يقال يلزم مشاركتهم
في استحقاق الخمس والا لم يثبت العموم لانا نقول فهو عام الخمس ٣
استحقاق

استحقاق بني هاشم له بالنص لا يلزم من اختصاص بعض القرابة بحكم النص على عين
نفي غيره عن باقي الاحكام ويحتمل العدم لعدم استحقاقهم الخمس لانه لذي
القربى بالآية فكل القرابة يستحقون الخمس بالآية ولا شيء من بني المطلب يستحق
الخمس والصغرى ممنوعة وقوله لذوي القربى يمنع عمومه والاول اصح
لان الوصية تتبع دلالة الالفاظ الصادرة من الموصي المثبتة للوصية وتلك
الدلالة لغوية او عرفية او شرعية وقد نص النبي عليه السلام هنا على العرف فيحكم
به قال دام ظله ولو اوصى لاقرب الناس اليه او لاقربهم فالاقرب نزل على
مراتب الارث لكن يتساوى المستحق للذكر مثل حظ الانثيين الا الانثى والمتقرب
بالاب مثل المتقرب بالام وفي تقديم ابن العم من الابوين على العم من الاب هنا نظر
اقول ينشأ من تقديمه في الارث المعلول للاقربية الموجب للتقديم هنا فهو
من باب الاستدلال باحد المعلولين على الآخر ولما رواه الحسن بن عمارة
قال قال ابو عبد الله عليه السلام ايما اقرب ابن عم لاب وام او عم لاب قال قلت
حدثنا ابو اسحاق السبيعي عن الحارث الاعور عن امير المؤمنين علي بن ابي طالب عليه السلام
انه كان يقول اعيان بني الام اقرب من بني العلات قال فاستوى جالسا
ثم قال جئت بها من عين صافية ان عبد الله ابا رسول الله اخو ابي طالب
لابيه وامه ومن ان العم اقرب من ابن العم وتقديمه في الارث لا يدل على
انه اقرب بل خرج بالنص وهذا اختيار المصنف في التذكرة ويتوافق قال دام
ظله وفي التسوية بين الاخ من الام والاخ من الابوين في العطاء نظر
اقول ينشأ من ان للاخ من الابوين سببان كل واحد منهما موجب
للاستحقاق وهو التقرب بالاب والتقرب بالام ولو كانا في اثنين لاستحق
كل واحد منهما بسببه فكذا اذا اجتمعا في الواحد ولان الوصية للاقارب
تقسيم كقسمة الميراث لما رواه الصدوق عن الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب
عن زرارة عن ابي جعفر عليه السلام في رجل اوصى بثلث ماله في اعمامه
واخواله فقال لاعمامه الثلثان ولاخواله الثلث وكتب سهل بن زياد
الادمي الى ابي عبد الله عليه السلام رجل له ولد ذكور واناث واقر

بصيغة انها لولده ولم يذكر انها بينهم على سهام الله وقرابة الذكر والانثى سواء
وقوع عليه السلام يقسمون وصيته بينهم على ما سمى فان لم يكن قد سمى شيئا ردوها
على كتاب الله عز وجل ان شاء الله والطريق واحد ولم يفرق للامة بين المسلمين
وصورة النزاع ومن انه علق على مطلق القرابة وهما متساويان فيهما ولانهما
في درجة واحدة قال دام ظله ولو اوصى لجماعة من اقرب الناس اليه وجد
ثلثة من اقرب الناس اليه فما زاد في درجة واحدة اعطوا وفي جواز تخصيص
به دون الزائد نظر اقول ينشأ من حصول الجماعة بالثلاثة فيحصل
العمل بالوصية باعطاء الثلثة لانه يصدق انه اعطى جماعة من اقرب الناس
وهذا مقتضى الوصية فلا يجب ما عداه ولا يجب الا زيد فيختار الوصي ثلثة منهم
كما لو اوصى للفقراء ومن ان نسبة اللفظ الى الجميع واحدة فالتخصيص بالبعض والا
لزم الترجيح بلا مرجح ولان الموصى له اما الجميع او البعض والثاني اما ان
يكون معينا اولا والثاني محال لعدم دلالة اللفظ عليه والثالث محال ايضا
لان الوصية لغير معين باطلة فتعين الاول وهو المطلوب بخلاف الوصية
للفقراء لان المقتضي هناك جهة الفقر والاصح عندي الاول لحصول يقين
البراءة بالاستيعاب على حسب الممكن قال دام ظله ولو لم يوجد ثلثة
في درجة واحدة اكمل من الثانية او الثالثة فلو كان له ابن واخ وعم تساووا
ولو كان له ابن وثلثة اخوة دخلوا كلهم في الوصية والاقرب اعطاء الابن
الثلث اقول وجه القرب انه لو كان معه اثنان لمنعوا الاخوة واخذ هو
الثلث واستحقاق الاخوة انما هو لنصب المتقدمين خاصة ولانا اقمنا
من وجد في الدرجة الثانية مقام من عدم من الدرجة الاولى لضرورة الجمع وان
المستحق للجميع مجموع ثلثة من اقرب الناس اليه فيستحق الثلث واحد من اقرب
الناس اليه وهو هنا ثابت اذ لا اشتراط للاجتماع هنا وايضا الثلثة يحجب عن
الجميع فواحد يحجب عن الثلث ويحتمل التسوية اذ مقتضى الوصية التسوية
بين المدفوع اليهم والاصح الاول قال دام ظله ولو اوصى لاهل فلان
فهو لزوجته ويحتمل من يلزمه نفقته اقول وجه الاول قوله تعالى
اذ قال لاهله اي لامرأته ويقال تأهل اي تزوج ووجه الثاني قوله تعالى
فنجيناه

فنجيناه واهله الا امرأته والمراد من كان في عياله قال دام ظله والعشيرة
للاقرب النسب وقيل الادنى اقول الاول قول ابن ادريس استدلالا
بقول ثعلب وابن الاعرابي والثاني قول ابن زهرة وقطب الدين الكيدري نقلا
عن ثعلب وابن الاعرابي والمرجع في ذلك الى اللغة قال دام ظله واهل القوم
لغته والجيران من يلي داره الى اربعين ذراعا على راي اقول هنا
مسئلتان آ القوم اهل لغته مطلقا عند سلار وذهب الشيخان وابن
حمزة انهم الذكور من اهل لغته وقال ابو الصلاح يحمل على المعلوم من قصده فان
لم يعلم فيعرف قومه في ذلك الاطلاق وقال ابن ادريس انهم الرجال من قبيلته
ممن يطلق العرف بانهم اهله وعشيرته دون من سواهم لانه الذي يشهد به اللغة
قال الشاعر وقومي هم قتلوا اميم اخي فاذا رميت يصيبني سهمي قال وانما قلنا
يختص الذكور لقوله تعالى لا يسخر قوم من قوم ولا نساء من نساء وقول زهير
فما ادري وسوف اخال ادري اقوم آل حصن ام نساء و[illegible] العرف
باللغة ومقاصد العرب ب الجيران وقد تقدم البحث في هذه المسئلة في
الوقف قال دام ظله ولو اوصى لمواليه وله من احد الطرفين صرف اليه والا صرف
[illegible] ولو اجتمعا فالاقرب البطلان اقول لفظ المولى مشترك
والقائلون بان المشترك يحمل على كل معانيه عند الاطلاق لحال الافراد
ولحال الجمع وهو اختيار المصنف وجماعة من الاصوليين اختلفوا هنا
فقال بعضهم ببطلان الوصية وهو الاصح عندي واختاره المصنف هنا لان
تعيين الموصى له شرط واللفظ المشترك لا يحمل على كلي معنييه وقال بعضهم يصح
لعموم الآية الدالة على وجوب العمل بالوصية واما القائل بحمله على مجموع المعنيين
فلا اشكال عنده وقد تقدم البحث في هذه المسئلة في الوقف قال دام
ظله فلو اوصى المسلم لاهل قريته او للفقراء انصرف للمسلمين من اهل القرية الى قوله
ولو كان الاكثر اهل ذمة ففي تخصيص المسلمين نظر اقول على القول
ببطلان وصية المسلم للذمي فلا اشكال وعلى القول بالصحة ينشأ من
عموم اللفظ ولان بعض الاصوليين منع من اخراج الاكثر ومن ان كفرهم واسلام

الموصي اما ان يكون قرينة مخصصة او لا والاول المطلوب والثاني يستلزم عدم
التخصيص مع منافاته لكنهم اتفقوا عليه فالاولى التخصيص قال دام ظله
ولو اوصى الكافر للفقراء صرف الى فقراء اهل نحلته وكذا لو اوصى لاهل قريته
وان كانوا الكفار او لو كان فيها مسلمون ففي دخولهم نظر اقول منشاه عموم
اللفظ ودلالة قرينة العداوة الدينية على عدم ارادتهم والاصح للاول
قال دام ظله ولو اوصى للخارج صح وان سرت ولا بطل وكذا القاتل
على اشكال اقول قال الشيخ يصح لعموم قوله كتب عليكم اذا حضر احدكم
الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين وعموم قوله من بعد وصية
يوصى بها او دين ولانه تمليك بالخاص وقبول فصح كالبيع وقال ابن الجنيد ولا
وصية لقاتل عمدا لمنعه اقوى التملكات بالموت وهو الميراث وفصل المصنف
في المختلف فقال ببطلانها ان تقدمت على فعل سبب القتل مقابلة له بنقيض مقصوده
كالميراث وبصحتها ان تاخرت بشرط ان يعفى عنه والا لم يدخل في اللفظ العام
كقوله اعطوا اولادي للقرينة المخصصة وهذا هو الاقوى عندي قال دام ظله
ولو اوصى لاصناف الزكوة او لمستحقها فالاقرب استحقاق كل صنف من الوصية
والاكتفاء بواحد من كل صنف اقول هنا مسئلتان أ ان حمله على الاصناف
هل هو بالتشريك او على جهة بيان المصرف قال المصنف الاقرب الاول وهو الاصح
عندي ووجه القرب انه لو اوصى لثمان فبابلك الوصية تقتضي التمليك وتعدد
الموصى له يقتضي التشريك حقيقة والفرق بينه وبين الزكوة ان الزكوة لبيان المصرف
والوصية تمليك وبيان للمالك ومن انه جعل استحقاقها تابعا لاستحقاق
الزكوة وكل واحد من مستحقي الزكوة مصرف تام واللفظ الدال عليه بيان المصرف
ب هل يكتفى بالواحد من كل صنف قال المصنف الاقرب الاكتفاء لانه كلما
كان المستحق هذه الماهية المتحققة في كل واحد من الاشخاص فهو
لبيان المصرف وهو هنا كذلك لاستحالة ان يكون الموصى له الكل لانه
بالتشريك لانه تكليف بما لا يطاق ويحتمل عدمه لانه اوصى بلفظ الجمع فلا يحمل
على الواحد لانه يكون للمجاز والاصح الاول قال دام ظله ولو اوصى للفقراء
دخل فيهم المساكين وبالعكس على اشكال اقول منشاه من انه هل ان
المسكين

المسكين هو اسوء حالا من الفقير ام لا فان قلنا انه اسوء حالا دخل في الوصية
للفقير بخلاف العكس وان قلنا ان الفقير اسوء حالا فالحكم بالعكس وان
جعلناهما متساويين دخل كل منهما في وصية الاخر ولا والاصح عدم الدخول
لانه مشكوك فيه فيقتصر على المعنى المطابقي قال دام ظله ولو مات
الموصى له قبل الموت قيل بطلت وقيل ان لم يرجع فهي لورثة الموصى له فان لم يكن
له وارث فلورثة الموصي اقول الاول قول المفيد ورواه ابن بابويه في كتابه
وهو قول مشهور بين الاصحاب والثاني قول ابن الجنيد واختاره المصنف في المختلف
وهو الاصح عندي لنا ما رواه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلم قال قضى امير المؤمنين
عليه السلم في رجل اوصى لاخر والموصى له غائب فتوفى الذي اوصى له قبل الموصي قال
الوصية لوارث الذي اوصى له الا ان يرجع في وصيته قبل موته الحديث ولعموم الاية
الدالة على ارث الوارث من الحقوق والاعيان وحق القبول مستحق للميت
فينتقل الى وارثه احتج القائلون بالبطلان بما رواه ابو بصير ومحمد
بن مسلم جميعا في الصحيح عن الصادق عليه السلم قال سئل عن رجل اوصى لرجل
فمات الموصى له قبل الموصي قال ليس بشيء والجواب انها لا تدل على المطلوب
لاحتمال ان يكون المراد ليس بشيء ينقض الوصية بل هي جارية على حالها في الثبوت
ومع قيام الاحتمال انها لا تدل على المطلوب يبطل الاستدلال وهذا الجواب
ذكره الشيخ رحمه الله قال دام ظله ولو اوصى في سبيل الله فالاقرب
صرفه الى ما فيه قربة وقيل يختص الغزاة اقول اجمع علماء الاسلام على صحة
الوصية بصرف شيء في سبيل الله وعلى ان المجاهدين يدخلون فيها وانما اختلفوا
في موضعين أ هل يشاركهم غيرهم فيها او لا فقيل بالاول ويكون الوصية
حينئذ يصرف في وجوه القرب وهو قول ابن ادريس وظاهر كلام الشيخ في
الخلاف لان السبيل الطريق وكلما فيه قربة فهو طريق وقيل بالثاني وهو
قول الشيخ في بعض كتبه وابن حمزة لان عرف الشرع يقتضي صرف السبيل
الى الغزاة ب على القولين هل كلهم مصرف او بعضهم قولان الاول
نعم وهو قول الشيخ [illegible] في النهاية والمفيد في المقنعة وابن

البلاح في الكاهل يخرج في معونة المجاهدين ومع التعذر في معونة الفقراء
والمساكين وابناء السبيل وبعدهم فقراء آل محمد من ساكنيهم وابناء سبيلهم
والثاني قول الشيخ في الخلاف فانه قال اذا وقف وقفا وشرط ان يصرف
منفعته في سبيل الله جعل بعضه للغزاة المطوعة دون العسكر المقاتل
على باب السلطان وبعضه في الحج والعمرة وذهب في المبسوط الى صرفه الى المجاهدين
اذا انطوا او رجعوا الى حرفهم بعد ذلك قال دام ظله ولو اوصى لعبده
برقبته احتمل ضعيفا البطلان والصرف الى التدبير اقول وجه الاول
ان التمليك نسبة ولا يتحقق الا بتغاير المنتسبين ووجه الثاني استعمال
اهل العرف لنصها ان اذ ملكه وملك عتقه عنه بعد موته قال دام
ظله ولو اوصى لمكاتبه فالاقرب انه كالعبد وحينئذ فالاقرب اعتبار اقل الامرين
من القيمة ومال الكتابة فان ساواه الموصى به عتق وهو الاصح اقول
وجه قرب كونه كالعبد انه قبل ان يعتق منه شيء عبد فيدخل تحت العموم ويحتمل
ان يعطى ما اوصى له به لانا انما صرفنا في العبد الى رقبته لعدم الملك وهو هنا
منتف فالمقتضي موجود وهو الوصية والمانع منتف ثم على الاول وجه قرب
اعتبار اقل الامرين انه اذا اوصى للعبد على صرفه الى رقبته على ما تقرر
فان كانت قيمته اقل كان ما بعد له حتى يعتقه لا مال الكتابة لان التقدير ان عتقه
بالتقويم بالوصية فتعتبر القيمة فان كان مال الكتابة اقل فلانه رضي بذلك العوض
عوضا عن العبد ولزم ذلك للزوم الكتابة قال دام ظله ولو اوصى لحمل
امراة من زوجها فنفاه باللعان بطلت على اشكال اقول منشاؤه
انتفاؤه باللعان وثبوت النسب قبله لكن قطعه باللعان واللعان انما
يؤثر في حق الزوجين الا ترى انها تعتد به ولو قذفها به قاذف حد لها
ولو عاد فاعترف به ورث اباه والثاني قول الشيخ في المبسوط والاصح الاول
قال دام ظله وكذا لو اوصى لولد فلان واشار الى معين وكذب النسبة
فالاقرب البطلان مع تعلق غرضه بها اقول وجه الاشكال انه
ذكر التعيين والنسبة فيحتمل ان يعتبر الامران تكون التعيين مقصودا
والنسبة

والنسبة للتعريف والعكس ووجه القرب انه ان علم تعلق غرضه بالنسبة فالوصية
له في الحقيقة لمن صدقت عليه مع كونه هذا المعين ففي الحقيقة اوصى لمن
اتصف بشيئين النسبة وهذا التخصيص لكن يستحيل اجتماعهما ويحتمل الصحة لكان
لحصول شرائط التمليك وقبوله التملك والغلط منه في العلة الغائية
لا في القابل والفاعل وان لم يعلم صرف الى المعين لانه هو المالك في الحقيقة
اذ الملك شرطه تشخص المالك خارجا والنسبة انما تراد للتعريف لان الكلي
لا يكون مالكا وهو الاصح قال دام ظله ولو اوصى لحي وميت او للملك
والحائط مع علمه احتمل تخصيص الحي بالجميع او النصف اقول وجه الاول انه
قصد اخراجه عن ملكه واضافه الى زيد والميت وهو يعلم عدم صحة اضافته
الى الميت فيكون قد قصد اعطاءه لزيد وايضا العطف يقتضي التسوية في الحكم وهو
تملك كل العين هنا والتشريك من المزاحمة والمخصص لانه نفي الملك عما سوا ها
واحدهما الا علاقة فيبقى للاخر ووجه الثاني التشريك لان الواو يقتضي التشريك
فقد اوصى لكل منهما بالنصف واحدهما يصح ووجه الثاني التشريك والاخر
تبطل الوصية له واذا بطلت الوصية للموصى له يرجع الى ورثة الموصي واستدرك
بعضهم بانه لا فرق بين قولنا العين لزيد وعمرو وبين قولنا هذه العين بين
زيد وعمرو عرفا والثاني يقتضي التشريك فكذا الاول وفيه نظر لمنع عدم
الفرق لان دلالة الواو على التشريك من باب الظاهر ودلالة بين عليه نص قال
دام ظله ولو اوصى بشيء لزيد وللمساكين احتمل ان يكون لزيد النصف والربع
ولكل واحد منهم اما للمساكين ولا يعطى اقل من ثلثه اقول وجه الاول
انه اوصى لفريقين فكان كما لو اوصى لعمرو وبكر ووجه الثاني ان اقل من
يقع عليه اسم الفقراء ثلثة فكانه اوصى لاربعة زيد احدهم فيكون له الربع
اما الاولى فقد ثبت في الاصول واما الثانية فلحملها على اقل الجمع ولعدم
امكان استيعابهم فيكون جمعا ليس للعموم ولا لما يقرب منه فيكون بمنزلة
الجمع المنكر فيحمل على الاقل لدخوله على كل تقدير والزائد ليس بعض
المراتب اولى من البعض فتخصيص بعضها ترجيح بلا مرجح وهو محال

ووجه الثالث التسوية بين كل واحد وبلية فيجب استيعاب من يمكن لانه
اقرب من غيره الى الحقيقة فيحمل اللفظ عليه ويكون هذا كاحدهم وهذا هو
الاصح عندي قال دام ظله ولو اوصى لكل وارث بقدر نصيبه فهو لغو
وان خصص كل واحد بعين فالاقرب الافتقار الى الاجازة لظهور الغرض
في اعيان الاموال وكذا لو اوصى ان يباع عين ماله من انسان بثمن المثل
اقول هنا مسئلتان آ اذا اوصى لكل وارث بعين هي قدر نصيبه كما لو
اوصى لابنه بعبد قيمته مائتان واوصى لابنته بعبد قيمته مائة فالاقرب عند
المصنف الافتقار الى الاجازة لتعلق الاغراض بخصوصيات الاعيان
والمنافع الحاصلة منها فكما لا يجوز ابطال حق الوارث من قدر حقه لا يجوز
من عينه ويحتمل عدم الافتقار الى الاجازة لان الاصل القيمة اذ اعيان
الاموال لا اثر لها في زيادة المالية ونقصها مع تساوي القيمة ولان اعتبار
الاعيان هنا مع عدم اعتبارها في بيع المريض تركته بثمن المثل على القول
بالتسوية بين المنجز والوصية في المرض مما لا يجتمعان والثاني ثابت اجماعا فينتفي
الاول وهذا قوي والاول اقوى ب لو اوصى ببيع عين ماله بثمن المثل من شخص
فالحكم كما تقدم من اعتبار الاجازة وعدمها قال دام ظله وفي اشتراط
التعيين اشكال اقول ينشأ من ان الملك امر معين وهو نسبة فلا بد له من
منتسب اليه معين ولاقتضاء الوصية تعلق حق الموصى له فلا بد وان يكون معينا
ومن صحة الوصية للفقراء والفقيرين قال دام ظله فان لم نقل به او اوصى لاحد
هذين احتمل تخيير الوارث والقرعة وفي التشريك بعد اقول هذا فرع على
القول بعدم اشتراط تعيين الموصى له وانه تصح الوصية للمبهم كقوله لاحد
هذين وتقريره ان نقول على هذا التقدير اذا اوصى لاحد شخصين
ذكر المصنف وجوها ثلثة آ تخيير الوارث ووجهه ان التعيين حق للميت
فيملكه الوارث لعموم آية الارث ب انه يقرع بينهما لانه امر مشكل
لاستحقاق احدهما ولم يعلم ونسبة اللفظ اليهما واحدة ولانه انما يرث
الوارث بعد الوصية فلو كان له التعيين لتقدم عليها فتدور وفيه
نظر

نظر فان المتقدم على الارث اصل الوصية والمتأخر هو تعيين الموصى له ولا
دور ج انه يتوقف حتى يصطلحا اذ لا اولى ان ذكرهما في هذا الكتاب وذكر
بعض الفقهاء احتمالا رابعا وهو التوزيع لان كلا منهما يدعيه ولا ترجيح
فيجمع بين الدعوتين كما في الدعاوى المتعارضة وهذا الاحتمال في غاية
الضعف لانه تبديل للوصية وتبديل الوصية غير جائز اما الاولى فلان احدهما
لتصريح بالتخصيص لانه موضوع له فلا يحتمل التشريك واما الثانية فلقوله تعالى
فمن بدله بعدما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه والاصح الاول لان القرعة
انما هي كاشفة عما هو متعين في نفس الامر وليس هنا ولان الاصل في هذه المسئلة ان
هذه الوصية هي سبب للتمليك في الحال والتعيين متى او هي صالحة للسببية عند التعيين
فعلى الثاني يتخير الوارث قطعا وعلى الاول يكون القرعة والقرعة قوية قال دام
ظله ولو اوصى لمن يتعذر حمل اللفظ عليه حقيقة فالاقرب صرفه الى المجاز الى قوله فان
الثاني مناط اقول وجه القرب ان كلام العاقل لا يحمل على اللغو والحقيقة
متعذرة فيحمل على المجاز والا لزم اللغو ولان هذا اللفظ ليس بمهمل فله معنى نفهم عند
الاطلاق وهو الحقيقي ومع تعذره فعلى المجاز وهذه قاعدة مطردة عند اهل
اللغة ويحتمل عدمه لان اللفظ عند الاطلاق انما يحمل على الحقيقة لا على المجاز
فان بطل التصرف وهو الاصح عندي لان الاصل صيانة مال الغير الى ناقل
قطعي اقوى من اصل صيانة التصرف عن البطلان ولان المجاز على خلاف الاصل
فلا ترجح على ما بني على الاحتياط التام وهو التصرف في مال الغير والحكم بنقله
عنه قال دام ظله ولو اوصى للحمل فوضعت حيا وميتا صرف الجميع الى الحي
مع احتمال النصف وكذا لو اوصى لاحد هذين وجوزنا الوصية المبهمة ومات
احدهما قبل البيان اقول وجه الاول ان الميت كالمعدوم الاترى ان
الولد اذا انفصل ميتا بطل الوصية له ولا تصرف الى ورثته وصار
كالميراث الموقوف للحمل ووجه الثاني الحق بالاسوا في حقه والاول
اصح ووجه الاشكال في احد هذين انه اذا مات احدهما لم يبق صالحا
للوصية له بعين الاخر ومن حيث تردد الحي بين ان يكون له الجميع

وان لا يكون له شي اصلا فيحكم له بالنصف ولعلم ان هذه المسألة تبتني على ان البيان
في احد هذين هل هو كاشف عن كون المعين موصى له او سبب في حصول
هذا الوصف له فعلى الاول يقوم وارثه مقامه ويكون كانه لم يمت وعلى
الثاني تأتي هذان الاحتمالان وعلى هذا ان قلنا بالنصف للحي تبطل النصف
الاخر وهو الاصح عندي **المطلب الرابع** في الموصى به **قال** دام ظله ولو
اوصى بما ينتفع به في باب الحلال كالخمر المحترمة التي يرجى انقلابها والجرو القابل
لتعليم الصيد فالاقرب الجواز **اقول** وجه القرب ثبوت حق عليها وهو
الامساك للتخليل وثبوت الحرمة لها فتجوز الوصية بها ولانه في الحقيقة وصية
بمنفعة فيصح ويحتمل عدم الجواز لان الوصية تمليك وهي غير صالحة للتمليك
والاصح عندي ان كل ما يصح الانتفاع به من النجاسات كالجرو القابل
للتعليم والزيت النجس لاشعاله تحت السماء تصح الوصية به وكذا الخمرة
المحترمة كالتي اتخذت للتخليل لثبوت الاختصاص بها وانتقالها من يد الى
يد بالارث **قال** دام ظله وكذا لو اوصى بالزبل **اقول** البحث فيما لا
يملك لعليه او لونه البيد وله منفعة مباحة كالزبل فانه ينتفع به للزرع
هل تصح الوصية به ام لا والبحث فيه كالمسألة المتقدمة **قوله** دام ظله والمجهول
كاحد العبدين او القسط او النصيب **اقول** هذا ليس بعطف على اشكل بل
على الصحة فان الموصى به يقبل الجهالة ولا تقدح فيه الابهام وهذا الخلاف فيه
بخلاف ما لو اوصى لاحد هذين فان فيه خلافا **قال** دام ظله ولو اوصى
له بكلب ولا كلب له لم يصح لتعذر شرائه ان منعنا بيعه مطلقا والا اشترى
له ما يصح بيعه وعلى الاول لو كان له كلاب ولا مال له فوجه اعتبار
من الثلث تقدير القيمة لها اذ يحتمل التقدير بتقويم المنفعة واعتبار العدد
وتعذر الاول ولان لو اوصى بالكلب وطبل اللهو وزق الخمر باحدها ولا مال له
سواها ولو كان له سواه نفذت الوصية وان قل لانه خير من ضعف الكلب الذي
لا قيمة له **اقول** وجه الاول انه الطريق الى تقويم ما لا قيمة له مع وجود
منفعة معتبرة شرعا كتقدير الرقية في الحر عند الجناية كارش الجرح
الذي

الذي لا مقدر له ووجه الثاني ان المقصود من العين الانتفاع بها وباعتبار
المنفعة تقل القيمة وتكثر والعين لا قيمة لها فالاعتبار حينئذ بالمنفعة
ولانه لولاها لم تصح الوصية بالعين فالموصى به في الحقيقة هي العين بالتبعية
ويكون المنفعة هي المقومة ولان القيمة في الحقيقة للمنافع لا للذوات ووجه
الثالث انه يعتبر العدد في غير المتفاضل ولا تفاضل هنا اذ التفاضل انما
يكون باعتبار القيمة ولا قيمة للكلاب والاصح الثاني وسنفرع على ذلك
مسائل الاول لو كان له كلب ينتفع به وطبل لهو لا قيمة لرضاضه ولا منفعة متقومة
له وزق خمر محترمة فاوصى باحدها وقلنا باعتبار الثلث بجزء الوجهان الاولان
اعني تقدير القيمة للعين او للمنفعة لانه لا قيمة للخمر ولا منفعة ولا الطبل اللهو
فتعين اعتبار مجرد العدد المركب من الوحدات واعترض بانه لا مناسبة
بين وسهما والعدد المعتبر انما هو فيما تجانس ... كالكلاب فلعل بعضهم
بناء على تقدير القيمة والحصر ممنوع ولم يجزم المصنف هنا بشي والاقوى عندي ان
الموصى به ان كان هو الكلب صح في ثلثه لانه متقوم على المشهور عند علمائنا وعلى القول
الاخر يحتمل الصحة فيه لانه غير متقوم فليس بمال في الحقيقة والمعتبر في الثلث انما
هو المال لقوله عليه السلم المريض محجور عليه الا في ثلث ماله والمراد الجزء من المال
وان كان الاصل في الاستثناء الاتصال لانه الحقيقة ويحتمل اعتبار الثلث لانه ذو منفعة
مباحة متقومة ويحتوي عليه الايدي المستحقة وله دية شرعية فيكون حكمه حكم
المال في تحريم منع الورثة من ثلثيه ولهذا تستعار له اسم المال والذي اقوى
به ما ذكرته **قال** لو كان له مال وكلاب ينتفع بها فاوصى بكل الكلاب او
بعضها ذكر المصنف هنا نفوذ الوصية فيها وان كانت كثيرة وقل المال
لان المعتبر ان يبقى للورثة ضعف الموصى به والمال وان قل خير من
ضعف الكلاب اذ لا قيمة لها وهذا عندي ضعيف والاصح تقدير القيمة لها
وضمها الى المال واعتبار الثلث على ما هو المشهور عند علمائنا وهذا الفرع
انما هو على تقدير اعتبار الثلث فيها وهنا فروع كثيرة اعرضنا عنها
للاختصار **قال** دام ظله وتنفذ الاجازة ان وقعت بعد
الموت اجماعا وفي نفوذها قبله قولان **اقول** ذهب الشيخ وابن الجنيد

لا
وابن جنيد والمصنف في المختلف الى نفوذها ورواه الصدوق في كتاب
من لا يحضره الفقيه في الصحيح والمصنف في المختلف الى نفوذها وذهب المفيد وسلار
وابن ادريس الى عدم نفوذها احتج الاولون بعموم قوله تعالى من بعد
وصية يوصي بها او دين وان الرد حق للورثة فاذا رضوا بها سقط حقهم وبما
رواه منصور بن حازم في الصحيح عن الصادق عليه السلام في رجل اوصى بوصية
وورثته شهود فاجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم ان
يردوا ما اقروا به في حياته قال ليس لهم ذلك الوصية جائزة عليهم اذا
اقروا بها في حياته احتج ابن ادريس بانها اجازة فيما لا يستحقونه بعد
فلا يلزمهم ذلك وهو الاصح قال دام ظله ولو اوصى بثلثه لزيد ثم بثلثه
لعمرو كان رجوعا على اشكال اقول قال الشيخ في الخلاف وابن ادريس يكون
رجوعا وقيل لا يكون رجوعا وهو اختيار المصنف وحكى الشيخ القولين في
المبسوط احتج الاولون بوجهين آ نقل الشيخ الاجماع في الخلاف وهو
حجة ب انه لا يستحق التصرف في اكثر من الثلث وتصرف الانسان انما
ينصرف الى ماله التصرف فيه فيرجع اليه فيكون الثانية ناسخة للاولى
احتج الآخرون بانتفاء الدلالات الثلث وهو الاصح لانه ليس بمتنقض
والاصل فلا تبطل به قال دام ظله ولو اجاز الورثة الوصية ثم ادعوا
ظن القلة صدقوا مع اليمين ولو كانت الوصية بمعين فادعوا ظن انه الثلث
او ما زاد يسيرا او ان كثيرا فانه لا دين لم تقبل منهم ويحتمل القبول اقول
وجه الاول انهم اجازوا الوصية بالمعين ثم ادعوا ما يبطلها والاصل
عدمه فلا تقبل منهم ووجه الثاني انهم اعرف بقصدهم والاغلب خفاء
مال الغير والفرق بين النصف مطلقا والمعين ان النصف مبهم يقع
فيه الاشتباه وكثيرا ما يقع فيه الاشتباه فالاصل عدم العلم به فيقبل
قول الوارث مع اليمين لانه يوافق الاصل بخلاف المعين ولانه اجاز
الوصية بهذه العين والاصل الصحة فلا تقبل ما ينافيه والاقرب سماع الاجازة
قال دام ظله ولو اوصى بعين تخرج من الثلث ملكه الموصى
له بالقبول بعد الموت بغير اختيار الورثة فان كان هو الحاضر فله
التصرف

التصرف في الثلث ويقف الباقي حتى يحضر الغائب لانه معرض للتلف ويحتمل
منعه من التصرف وان كان مستحقا بكل حال لان حق الوارث التسلط
على ضعف تسلطه وهو غير ممكن هنا اقول وجه الاول انه مستحق
بكل حال لانه اما ان يحضر الغائب او لا فان كان الاول كانت العين كلها
له والا فله الثلث بكل حال والحق الباقي ان الوارث انما يحسب عليه ما يصل
اليه ويتمكن من التصرف فيه ولا يمنع منه من جهة الوصية وهنا ممنوع منه من
جهة الوصية قال دام ظله تنبيه لو اشتملت الوصية او المنجز في
مرض الموت على كل تقدير على التصرف في اكثر من الثلث احتمل البطلان لانها
وصية بغير المعروف ويكون النقص كالاتلاف ويقوم التسويق كما لو كانت قيمة
العين بالاثنين والاثنين سواها ورجعت بالتشقيص الى عشرة او باعه او اعتقه ورجع
بالشركة في اقل من العشرة اقول هذه المسئلة شريفة من خصائص المصنف
دام ظله وتقريره انه اذا استلزم نفوذ تصرف المريض المتبرع به اما الوصية
او المنجز اذا قلنا حكمه حكم الوصية وهو الاصح على كل تقدير في حق ما نقص المال
اكثر من الثلث كالمثال المذكور احتمل بطلان التصرف لان لازمه ممنوع منه
شرعا وكلما كان اللازم ممنوعا منه كان الملزوم كذلك اما الملازمة فللفرض
واما المنع من اللازم فللخبر والاجماع ويحتمل الصحة لان اتلاف المريض يحسب
من الثلث اذا اطلق التبرع له التصرف فيه كما لو قتل عبدا له عمدا ولغير عمد
فانه يحسب ثلث الباقي ولا يحسب التالف وهذا النقص بغير اختيار الموصي يجري مجرى
التلف وهذا المريض لم يملك فيدخل تحت العموم قال دام ظله وكذا الاشكال
لو اوصى له بجد من رقيق باب او احد زوجي خف فمنعهما ما ساسته وكل واحد
اثنان ومع البطلان لا عبرة باجازة بعض الورثة اما نقص القيمة لتشقيص
الورثة فكالاتلاف في الارث وفي الوصية فيصح حينئذ ولو بلا اجازة
اقول هنا مسائل ثلاث آ لو اوصى لاحد مصراعي باب او احد زوجي خف
وينقص قيمة الباقي بالتفريق بحيث يزيد على الثلث فالاشكال كما تقدم
ب اذا قلنا ببطلان الوصية لم تؤثر الاجازة في صحتها لان الاجازة

منه صح

انما هو في وصية صحيحة وتتوقف لزومها على الاجازة وهذه الوصية باطلة
من الاصل وعندي فيه نظر لانا نمنع بطلانها من الاصل لانها ليست اولى من تبرع
الفضولي كبيعه ح لو حصل النقص بسبب تعدد الورثة بسبب وقوع
الشركة كما ذكر فان الناقص هنا كالمتلف قطعا لانه ليس من فعل الموصي
فكان كنقص السوق فيعتبر فيه الان ويصح الوصية مع الملك بالنسبة
الى القيمة الناقصة قال دام ظله ولو اوصى بعود من عيدانه وله عود لهو
وعود بناء وعود قوس بطلت لانه مع عود اللهو اظهر على اشكال اقول نشأ
من ان لفظة العود حقيقة لغوية ثم استعمل في عود اللهو عرفا فهل هو
منقول بحيث ترك موضوعه الاول وبقي فيه مجازا عرفيا او لم يترك بل بقي في
هذا المجاز اما مجازا والمجاز اولى من النقل لما تقرر في الاصول مع التعارض بين
المجاز الراجح والحقيقة المرجوحة هل يتوقف فيها ام يحمل على المجاز الراجح ام
على الحقيقة المرجوحة فيه اقوال ثلثة للاصوليين ورجح المصنف الوقف وان الامة
اذا لم يفصل بين المسئلتين ولم ينقل حكم احديهما ونقل حكم الاخرى لم يجز الفصل بينهما
وقد خصص الطبل المطلق في الوصية بالحلال المجرد الحليل والنجوم واسلامها
وهو هنا مات فيثبت الحكم قال دام ظله الضابط ان كل لفظ يقع على اشياء
وقوعا متساويا اما لكونه مشتركا او لكونه متواطيا فان للورثة الخيار في تعيين
ما شاؤوا ويحتمل في المشترك القرعة اقول الوصية بالمتواطي وصية
بالماهية الصادقة على كل منها فالمقصود هي والخصوصية مانعة لضرورة تشخص كل
موجود ولذلك يتخير الورثة والموصى به في المشترك واحد من الاشياء ولا مرجح
وحق الوصية مقدم على حق الوارث فلا يقبل قوله في التعيين لتفاوت الغرض هنا في المقصود
من كل واحد بخلافه ثم فيتعين القرعة ولانه امر مشكل ويحتمل التخيير لان القرعة
بيان ما هو معين في نفس الامر وليس هنا قال دام ظله ولو قال اعطوه
قوسا من قسي وله قوس ندف وقوس بندق اعطي قوس النشاب لانه اسبق الى
الفهم ولو لم يكن له الا قوس ندف اعطي منها اما لو قال قوسا فالاقرب انه يشترى له
اقول وجه القرب انه يحمل على الحقيقة ولفظ القوس حقيقة في النبل وقوس النشاب
والحسبان

والحسبان وفي الباقي مجاز فان كان متواطيا تخير الوارث وان كان مشتركا
بالاشتراك اللفظي وهو الظاهر فان قلنا بالبطلان بطل وان قلنا يتخير الوارث
اشتري له ما تخيره الورثة من المعاني الحقيقية المذكورة ويحتمل التعميم للقرينة
وهو ان الظاهر ان المراد قوس من قسيه قال دام ظله والاقرب دخول
الوتر ان كان متحدا والا فلا اقول اذا اوصى له بقوس معينة وفيه وتر هل
يدخل الوتر في الوصية ام لا قال المصنف الاقرب دخوله ووجهه انه لا اسم الا به فصار
كالجزء منه ولانه مع وجوده اذا اطلق القوس يفهم عرفا المجموع ويحتمل عدمه لخروجه
عن مفهومه فصار كالسرج للدابة والوجهان للشيخ الطوسي رحمه الله والاقوى الثاني
لعدم دخوله في مفهوم القوس ولزومه له فانتفت الدلالات الثلاث ولان نقل مال
الغير مبني على الاحتياط التام قال دام ظله ولو قال اعطوه راسا من رقيقي
وماتوا او قتلوا على اشكال قبل الوفاة بطلت ولو قتلوا بعدها لم تبطل وكان للموصى
له مطالبة الجاني بقيمة من يعينه الوارث اقول قال الشيخ في المبسوط لا تبطل
بقتلهم قبل الوفاة لان القيمة بدل منهم فصار كوجودهم ولان تمليك البعض عليك القيمة
ومن ان الاعتبار انما هو عند الموت ولانه حينئذ فقد اوصى له بمعدوم فلا يصح والاصح
عندي الثاني قال دام ظله ولو قال اعطوه عبدا من عبيدي ولا عبيد له
ثم تجدد له قبل الموت احتمل الصحة كما لو قال اعطوه الفا ولا مال له ثم تجدد او اعطوه
ثلثا الى قوله درهم ثم ملك مالا كثيرا والمنع اعتبارا لحال الوصية اقول تقرير
الاول ان بطلان الوصية هنا مع تعلقها بالمال المتجدد بعدها كما للحنفية ان
والثاني ثابت فيبقى الاول بيان الثاني انها انما ان يصح تعلقها بالمال المتجدد ان
كان معدوما في الحال او لا والثاني يستلزم عدم تعلقها بالمتجدد بعدها و
الاول يستلزم عدم بطلان الوصية هنا لوجود المقتضي للصحة وهو صدور الوصية
ممن يصح منه لمن يصح له وانتفاء المانع اذ ليس الا عدم المال في الحال ولا يصلح
للمانعية لصحة تعلق الوصية بما يتجدد من المال قبل الوفاة واما ثبوت الثاني
فلرواية السكوني عن ابي عبد الله عليه السلم قال قال امير المؤمنين عليه السلم من اوصى
بثلثه ثم قتل خطأ فان ثلث ديته داخل في وصيته ولما رواه الحسن بن صالح
عن ابي عبد الله عليه السلم في رجل اوصى لمملوك له بثلث ماله قال فقال
يقوم المملوك ثم ينظر ما يبلغ ثلث الميت فان كان الثلث اقل من قيمة العبد

بعد دفع القيمة استسعى العبد في ربع قيمته وان كان الثلث اكثر من قيمة
العبد دفع اليه ما يفضل من الثلث بعد القيمة ولم يفصل فلو كان مختصا بحال
الوصية لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة او الخطاب وتقرير الثاني ان الملك بسبب
التملك وما لم يثبت المنتسبان لم يثبت النسبة فاذا لم يكن مالكا حال الوصية كذبت
النسبة المنبئة بالملك فيكون اولى بالبطلان مما اذا اوصى بالمرهون والحجر المرهون
لان التقابل بين عدم الملك وهو عدم الشرط وبين المشروط سنة تقابل
النقيضين والتقابل بين صحة الوصية وبين الرهن تقابل الضدين وتقابل
النقيضين اقوى قال دام ظله والبعير يحمل على الصغير والكبير وفي دخول
الانثى اشكال اقربه انه كالانسان اقول قال صاحب الصحاح البعير من الابل
بمنزلة الانسان من الناس يقال للجمل بعير وللناقة بعير وانما يقال له بعير
اذا اجذع وذهب الشيخ في المبسوط الى انصرافه الى الذكر لانه حقيقة عرفية والفاظ
اهل العرف تحمل على الحقائق العرفية ونمنع كونه حقيقة عرفية اذ المجاز اولى من
النقل قالوا مجاز غالب او لأن حقيقة مغلوبة قلنا هما ممنوعان قال دام
ظله وفي دخول الجاموس في البقر نظر اقول ينشأ من اللغة والعرف قال دام
ظله والجمع يحمل على اقله فلو قال اعتقوا رقابا فاقله ثلثة وان وفى الثلث باثنين
وبعض الثالث اشترى البعض على اشكال اقول هنا مقدمات آ اقل الجمع
ثلاثة لما تقرر في الاصول ب لفظ الجمع يحمل على اقله لانه المتيقن ج اذا اوصى
بعتق رقاب يكون قد اوصى بعتق كل واحد من ثلاثة د الوصية بعتق عبيد
تقتضي الوصية بعتق كل واحد من اجزائه من غير توقف بعض على بعض لاستحالة
الدور والترجيح من غير مرجح ولان كل واحد من الاجزاء لو اعتق وحده
لكان علة شرعا في عتق الباقي فلا يعقل التوقف شرعا ولا العقل ولانه لو
على المجموع لان العلة لا تكون معلولة اذا سقط بعض الواجب عنه لا يستلزم
سقوط الباقي هنا قطعا لاحد وجهي الاشكال لظهور اقتضاء الوصية عتق
كل واحد من اجزائه كل واحد من الثلثة والميسور لا يسقط بالمعسور فيعتق
بعض الاجزاء لا يمنع وجوب الباقي فيجب شراؤه ولانه اقرب الى العمل بالوصية
فان اثنين وبعض الثالث اقرب الى الثلاثة من الاثنين خاصة ولان عادة
العرب في لغتهم اطلاق الثلاثة على اثنين وبعض الثالث وكذا اهل
الشرع

الشرع كما في الاقراء في العدة ومن ان الشراء انما هو لضرورة تحصيل الجمع
ولم يحصل فيكون تضييعا على الورثة بغير فائدة وهذا قول الشيخ في المبسوط
والاول قول ابن ادريس وهو الاقوى عندي قال دام ظله فان وفى
بالخسيس وبعض النفيس فالاقرب الاول اقول هذا التفريع على
وجوب شراء بعض الثالث ووجه القرب انه اقرب الى لفظ الموصي من غير زيادة
تخرج من التركة ولا مدخل للخساسة والنفاسة في ذلك لتناول الوصية
لها بالسوية تناول الكلي لجزئياته ويحتمل اختيار الخسيس المعين مع وجود النفيس
ومن انه لا يحصل المراد الذي هو الجمع والاصح الاول قال دام ظله ولو قال ان
كان في بطنها غلام استحق دون الجارية وان ولدتا ولو ولدت غلامين احتمل
تخيير الوارث والتشريك والايقاف حتى يصطلحا وانه يتداعى بينهما اقول
لفظ غلام مفرد نكرة فلا يعم فيحتمل تخيير الوارث لان حكم الوارث حكم المورث
لانه حق للمورث فينتقل الى الوارث لعدم قبوله للانتقال فيدخل تحت العموم
ولانه كما يتخير الوارث في تعيين الموصى به المطلق يتخير في تعيين الموصى له والمعد
حق فالمال في مثله بيان الملازمة ان ملك الموصى له المعين مستند بالآخرة الى
اختيار الوارث فالموصى له المطلق اولى واما حقيقة المتقدم فالاصح ووجه الثاني
ان نسبة اللفظ الى كل واحد منهما كنسبته الى الآخر والترجيح بلا مرجح باطل
فيكون بمنزلة العين الواحدة اذا ادعاها اثنان ولا مرجح لاحدهما ووجه
الثالث انهما لا يجتمعان والا لكانت النكرة للعموم هذا خلف ولا يمكن ابطالهما
لانا نبحث على تقدير صحة الوصية ولا وجه لترجيح احدهما فيقسم بينهما الامر حسب عموم
اللفظ بل باعتبار جمع الدعاوي كما في باب الدعاوي المتضادة والاصح الثالث
قال دام ظله وكذا لو قال اوصيت لاحدهما ثم مات قبل البيان ويحتمل
القرعة هنا اقول اذا قال اوصيت لاحدهما ثم مات قبل البيان كان
فيه الاحتمالات الثلاثة السابقة والبيان كما مر ويحتمل القرعة هنا وهو
ان احدهما نص في التخصيص فلا يحتمل قبول التشريك بخلاف غلام لاحتمال حمله
على الجنس قال دام ظله ولو اوصى للقراء فهو لمن يحفظ جميع القرآن والاقرب
عدم اشتراط الحفظ عن ظهر القلب اقول وجه القرب صدقه على المتوسم من دونه

فانه تصدق على تالي القرآن من غير حفظ انه قاري القرآن ولصدق المشتق
منه بدونه ولفرق بين القاري والحافظ فان الاول اعم مطلقا فيحمل اسم اطه
للعرف والاصح الاول قال ولو اوصى لزيد ولجبرئيل عليه السلم
او لزيد وللريح او للحائط فالنصف لزيد والباقي باطل ويحتمل صرف الكل الى
زيد في الاخيرين اذ الاضافة الى الريح او الحائط باطلة بخلاف جبرئيل عليه السلم
اقول التملك من الامور الممكنة المفتقرة الى فاعل وقابل وموضوع و هو
المملوك والفاعل هو الموصي المكلف غير المحجور عليه والقابل هو الذي له اهلية
التملك من جهة الفاعل اوصى لهما والامتناع في غير زيد من جهة القابل والعقل
غير مقتض لتخصيص زيد والقابل غير كاف في حصول الاثر فتحقق الاول
وهو الحق لان مقتضى اللفظ ان لزيد النصف لا غير والباقي لا يصح اضافته اليه
ووجه الثاني انه اضاف الملك كلا الى زيد والحائط والاضافة الى الحائط لاغية
بديهة العقل وهو معلوم للموصي فتنصرف الاضافة الى زيد لانه احق من ملك
الوارث فوله بخلاف جبرئيل وجه الفرق ان جبرئيل حي عالم قادر فقد يتصور
الموصي ثبوت الملك له فينصرف بالوصية بخلاف الريح فانه يعلم انتفا قصده
فلا يختص زيد في صورة الوصية له ولجبرئيل بل تبطل نصف جبرئيل وقد سبق نظير هذا
قال ولو اوصى لزيد ولله احتمل صرف الكل الى زيد ويكون ذكر الله تعالى
تعالى تاكيدا لقربة الوصية وصرف سهم الله الى الفقراء لانهم محل حقوقه اقول
وجه الاول العرف لاقتضائه ان ذكر الله تعالى في مثله لتاكيد القربة ومنه
ان منهم من ذهب الى قسمة الخمس خمسة اقسام ووجه الثاني صحة اضافة الملك
الى الله لقوله تعالى فان لله خمسه واللام للملك حقيقة والاصل في الاطلاق
الحقيقة وقوله تعالى قل اللهم مالك الملك افصح ما في الباب ان ملكه تعالى
تعالى عليه وعلى ملكنا لفظ الملك بالاشتراك اللفظي واللفظ يحمل على معنى
المشترك عند النص على ارادتهما وتنفرع على هذا حكم النصف الاخر فقيل
انه للفقراء وهو اختيار المصنف هنا وقيل لوجوه القرب وهو الاقوى عندي
قال ولو اوصى لغير المنحصر كالعلوية صح ولا يعطى اقل من ثلثة
ولا يجب تتبع من غاب عن البلد وهل يكون التخصيص اشكال وكذا جواز
التفضيل

التفضيل اقول من حيث انه لو كان غير المنحصر للتشريك لبطل فهو لبيان
المصرف اذ العلم يتعذر الكل قرينة دالة على ارادته ومن حيث ان اللام
حقيقة في الملك فيحمل عليه وفي الاستيعاب على الممكن لتعذره والتحقيق
ان الوصية اما ان تكون بلفظ يقتضي التعميم او لا والبحث في الثاني واما
الاول فالمراد منه اما الكل المجموعي وعلى كلي التقديرين فيجب استيعاب
ما امكن لسقوط الواجب بالعذر هنا وكونه اقرب الى الحقيقة والعرف
بينه وبين بيان المصرف ان المراد فيه الماهية من حيث هي واما العموم
فالمراد منه كل واحد او الكل المجموعي قال ولو اوصى لموالي
فلان ومات عن عتق وارث بطلت وفي الموالي اشكال اقول اذا اوصى
لورثة زيد ولم يكن له من الوراث الا الموالي من اعلى فهل يستحقون ام لا قال
المصنف فيه اشكال ينشا من كونه وارثا لغة وشرعا ومن العرف لانه
اذا اطلق لفظ الوارث تسبق الى الذهن عرفا غيرهم ولم يدخلوا فيه وسبق
المعنى الى الذهن عند الاطلاق دليل الحقيقة فيكون فيهم مجازا ولا يحمل
عليهم عند الاطلاق وليس يصح للتصرف التامل قرينة توجب الحمل على
المجاز والاصح الاول لصدق المشتق منه حقيقة المطلب الثاني في الاحكام
المعنوية قال ولو اوصى له بمنافعه ملك جميع اكتساب العبد من
الاصطياد والاحتطاب فان عتق فاشكال اقول الاشكال في حيازة
المباحات بعقد العتق اذا نوى التملك لنفسه وقلنا النية تؤثر من حيث انه
ملك جميع منافع هذا الشخص ومن حيث ان تملك المباحات يتوقف على النية ولو
وقد نواها لنفسه وهو الاقوى قال ولو اوصى في تملك وطي الجارية وعتقها
اشكال ينشا من بطلان الوصية بمنفعة البضع وكونه للولد حرا من الام
تبعها في الاحكام اقول مسايل هذا الباب تبنى على اصول ثلثة آ ان
المذهب الحق ان الوصية بالمنافع تمليك لها ب معنى الباس استيعاب
الوصية مدة بقاء العين من القبول والموت لهلاك العين فالوصية بمنفعة
العبد ابدا استوعب مدة حيوته وعلى هذين الحكمين اجمعت الامامية
فيلزم من ذلك ان يورث عن الموصى له وله اجارتها واعارتها ج ان ابدال
المنافع التي تستوفي الوصية داخلة في الوصية ثم ذكر فروعا متفرعة

[illegible]

على هذه الاصول وفي هذا الكلام منها فروع آ هل يتناول الوصية
بمنافع الجارية ولد لها من زنا مثلا ام لا قال المصنف فيه اشكال ينشأ
من اصطلاح الفقهاء على انه كسب والولد ولهذا كان لولد المكاتب
للاستسعاد به عند اشتراطه على العجز ولانه قد روي ان النبي صلى الله عليه
وآله وسلم سمى ولد الرجل كسبا لابيه ومن حيث قول الفقهاء ان الولد جزء
من امه يتبعها في الاحكام وفيه قال الشيخ رحمه الله والجزء لا يعد من المنافع
وفيه اشارة الى دقيقة يأتي ب هل يملك عقرها وهو ما يجب بوطئها
او بعقد النكاح عليها كالمهر اذا زوجت او مهر المثل او العشر او نصفه اذا
وطئت وطئا موجبا للمهر فيه اشكال قال دام ظله وهل يملك الوطئ
الاقرب المنع اقول هذا فرع ثالث وهو متفرع على ملك المهر فان قلنا لا يملك
المهر لم يملك الوطئ قطعا وان قلنا يملك المهر احتمل ضعيفا ملك الوطئ لانه من
جملة المنافع واذا ملك التحليل فالتمليك اولى ووجه القرب ان استباحة
منافع البضع انما هي بالعقد وملك الرقبة اذ لا يباح الا للمالك بصيغة خاصة
والكلام مفروض هنا ومن حيث انه منفعة متقومة والاصح الاول وعندي لا
وجه لملك الوطئ ولا اباحته هنا قال دام ظله واذا منعنا من تملك الولد
فالاقرب سقوط الحد عنه اقول من حيث انه لم يؤمن عن نافعه وهو مغاير
للام ومن حيث انه جزء من الام والوصية بمنافعها تقتضي الوصية بمنافع كل جزء
من اجزائها والى هذه الدقيقة اشار بقوله وكون الولد من الام لانه معلول
ان للام فمنافعه معلولة لها والتحقيق ان منافعها هي المنافع التي
هي علة فيها والحد يكون قريبه ولعله فهل يحمل على الجميع او على الادنى
خاصة الحق الثاني لانه المفهوم عند الاطلاق فهو اما حقيقة عرفية او مجاز
راجح وكلاهما عند المصنف راجح والصحيح عندي انه لا يملك منافعه
ولا يتعلق به الوصية قال دام ظله ولو وطئت للشبهة فعلى الواطئ
العقر للموصى له على اشكال اقول ينشأ من ان المهر من نماء الرقبة وعليها
ولهذا يملكه مولى الجارية وكل منافعها للموصى له بالوصية ولهذا قال الشيخ
الطوسي ومن ان بدل البضع ليس للموصى له لانه لا يتناول الوصية منفعة
البضع صريحا والبدل تابع للمبدل قال دام ظله وان اتت بولد فهو حر
وعلى

وعلى الواطئ القيمة فان قلنا الموصى له يملك الولد فالقيمة له والا فللوارث اقول
القيمة تابعة لملك الرقبة فان قلنا الولد يملكه الموصى له فالقيمة له والا
فالبحث فيه تقدم ونقول هنا من حيث انه ذات ما وتبعية الماهية لذات
ابوية فلا يطلق عليه لفظ المنفعة الا بالمجاز عرفا فلا يدخل تحت الوصية
ومن حيث المعنى والحقيقة اللغوية فان المنفعة شيء نافع يتجدد من العين
كالثمر الشجر قال دام ظله ولو ولدت من الموصى له فهو حر وعليه القيمة وفي
المستحق ما تقدم اقول مسألة تقدم والبحث في العبارة ان نقول هل عليه
القيمة لان على تقدير ان يكون الولد له لا يستحق على نفسه ولا يحسن الجزم بان
عليه القيمة ويستشكل في المستحق لكن عدل عنها الى العبارة المذكورة
لفوائد آ ان يكون الولد لا يخلو اما ان يكون للموصي او للموصى له وعلى التقدير
الثاني فانتقاله اليه من الموصي فعلى كل تقدير فالاصل ملك الموصي والموصى
له طار عليه فلا يرجح هنا اصالة براءة الذمة لانها متفرعة على خلاف الاصل
وهي مسئلة اجتهادية فاذا تكافأت الامارات عند المجتهد حكم عليه بالقيمة
وانتفاؤها حتى يثبت المستحق للولد عنده بمرجح لاحدى الامارات ب اذا
ما تسلم يمكن الورثة من التصرف في مقدار القيمة حتى يرجح ج لو افلس
يقسم على الغرماء مقدار القيمة مرجا لها الى ان يعرف المرجح قال دام ظله وهل
له المسافرة بالعبد الموصى بخدمته الاقرب ذلك اقول هل للموصى له الانفراد
بالسفر بالموصى له بمنفعته الاقرب ذلك ووجه القرب انه من جملة منافعه فلو لم يكن
له لتبعض عليه الانتفاع وقيل ليس له ذلك للتعريض للتلف والاصح الاول
قال دام ظله ولو كان القتل موجبا للقيمة احتمل صرفها الى الوارث لانها
الوصية بابها العين وتعذر حكمه ذلك ويقسطها بينهما بان يقوم المنفعة
الموصى بها والعين المسلوبة المنفعة وتقسط عليهما اقول وجه الاول ما
ذكره المصنف ان الاضافة تفيد الاختصاص ولا تقتضي الوصية منافع غيرها
ووجه الثاني ان القيمة بدل الرقبة ومنافعها فتقوم مقامها ولان كل حق
تعلق بالعين تعلق ببدلها اذا لم يبطل بسبب استحقاقها وتفارق الزوجة
الامة اذا قتلت فانه لا حق للزوج في القيمة ولا المنافع في العين
اذا تلفت لان سبب الاستحقاق يبطل بتلفها ووجه الثالث ان نوع

على الرقبة مسلوبة المنفعة وعلى المنفعة لاشتمال الجناية على اتلاف عليهما ففيهم
لكل منهما بما اتلف عليه والتحقيق انه مبني على ان المقتول لو لم يقتل لعاش
قطعا ام لا وان الموصى له لا عوض له على الله تعالى على الاول لبنا ولهذا الوصية
وقت الحيوة قال دام ظله ولو قطع طرفه احتمل ارشه النقص
واختصاص الوارث ولو لم ينقص المنفعة كالانملة فللوارث اقول ووجه
الوجهين ما مر والاقوى هو الصحيح هنا لانه قد نقص المنافع عليه قطعا
فيضمن له وكيفية التقسيط ان ينظر ما للموصى له من قيمته ويأخذ من ارشه بنسبته
قال دام ظله ولو جنى العبد قدم حق المجني عليه على الموصى له فان بيع
بطل حقه وان فداه الوارث استمر حقه وكذا ان فداه الموصى له وهل
يجبر المجني عليه على القبول اشكال ينشأ من تعلق حق الموصى له بالعين
ومن كونه اجنبيا عن الرقبة التي هي متعلق الجناية اقول الاصح عندي
ان للموصى له الفداء كالمالك لتعلق حقه بالعبد ولانه لا يتم الا بالفداء قال دام
ظله وكذا المرتهن اقول في المرتهن ايضا الاشكال المتقدم وانه فان
المرتهن ليس بمالك للرقبة ولا المنفعة والاقوى عندي ان له ذلك لان فيه
جمعا بين الحقين قال دام ظله وتصح الوصية بالمنفعة مؤبدة وموقتة
ومطلقة فالامر بيد الوارث اقول لانه قائم مقام المورث ويحتمل ان
ينزل على ما يملك من المنافع فان تعددت وتباينت فبالقرعة لانه المتيقن
قال دام ظله وهل يجوز في المؤبدة بيعه من الموصى له نظر اقول
ينشأ من ان العين التي لا منفعة لها مقصودة في نظر العقلاء لا قيمة لها فلا يصح
بيعها كما تقدم في القاعدة السابقة ومن ملك اعتاقه وحصول التقرب وجر
الولاء والولاد فلم يسلب منفعته مطلقا والتحقيق ان المنفعة بالنسبة الى الموصى
له خاصة بان يبيعه مع منفعته ولان اجتماع العين والمنفعة في ملك
مقصود قال دام ظله وفي الاجزاء عن الكفارة اشكال اقول ينشأ
من ان الاعتاق تناول عين الرقبة وهي خالصة له ومن حيث انه ناقص الملك
ولان فائدة العتق تسلط العتيق على منافعه وقطع تسلط الغير عليه وهي
ما لم تحصل هنا فيكون كالمرتد بعد العتق وكالمتعذر لان صحة عتق هذا
مع منع عتق العبد وشرط الخدمة واما عن الكفارة فما لاجتماعات
لان

لان الوصي اما اعتاق عين العبد من غير اعتبار غيرها او اعتاقه مع كامل
منافعه فان كان الاول انتفى الثاني وان كان الثاني انتفى الاول والثاني
ثابت اجماعا فينتفي الاول قال دام ظله وفي صحة كتابته اشكال ينشأ من
امتناع الاكتساب عليه لنفسه ومن امكان اخذ المال من الصدقة فانت اقول
الاصح عندي صحة الكتابة قال دام ظله وهذه المنافع تحتسب من الثلث اجماعا
لانها تنقص قيمة العين وان كنا لا نستثني الدون من المنافع المتجددة بعد الموت ولا
يتبع مورثه بل يملكها الوارث فان كانت مؤبدة احتمل خروج قيمة العين بمنافعها
من الثلث لسقوط قيمتها اذا كانت مسلوبة المنفعة والحيلولة مؤبدة فكانها
الفائتة اذ عين لا منفعة لها لا قيمة لها ويحتمل لانه لا قيمة لها غالبا وتقويم
الرقبة على الورثة والمنفعة على الموصى له فتقوم العبد بمنفعته فاذا قيل مائة قوم
مسلوب المنفعة فاذا قيل عشرة علم ان قيمة المنفعة تسعون ولو كانت موقتة
قومت مع المنفعة تلك المدة وبدونها فينظر كم قيمتها اقول المنفعة الموصى
بها اما مؤبدة او موقتة فان كان الاول امتنع تقويمها بنفسها دون العين لان
المنفعة ابدا هي منفعة مدة العمر ومدة العمر غير معلومة فلا تكون المنفعة المقيد
بها معلومة وما لا يعلم ولا ينضبط لا يمكن تقويمه واذا تعذر تقويم المنفعة وحدها
تعين تقويم الرقبة وفي كيفية التقويم وجهان ذكرهما المصنف ووجه الثاني
ان الرقبة لم يدخل الوصية فهي للورثة ولهم اعتاقها وبيعها على الموصى له وعلى غيره على
قول منهم متمكنون منها فلا معنى لاحتسابها على الموصى له لانه ابدا حائل
بينها وبين الورثة والحيلولة كالاتلاف تضمنها ولهذا يضمن الغاصب بها ولم تعين الثاني
قدرة المالك على العتق والبيع لانا نقول حيلولة الغاصب ليست بحق من المالك
ولو وجد بالاسوى لخالفه هنا وتقويمها مسلوبة المنافع وبها تعرف قيمتها وحدها
وهو الذي للورثة وبه تعرف ما فوت بالوصية على الوارث وان كانت المنفعة
موقتة بسنة معينة او لازيد مثلا اختار والدي المصنف تقويم العين مع المنفعة
تلك المدة وبدونها فالتفاوت يخرج من الثلث وهل يقوم بنفسها لانها مضبوطة
معلومة قيمتها اجرة المثل تلك المدة وانما رجح المصنف الاول لوجهين
ان هذه الوصية تنقص قيمة العين قطعا وكلما نقص بالوصية من العين المتعلقة
بها الوصية فانه يحسب على الموصى له وان لم يحصل له لخلاف نقص احد مصراعي

للباب اذا اوصى له بالآخر فان للنفس هنا لم تتعلق بالعين المتعلقة الوصية
بها مع انه لا يخلو من شك ب ان ملك المنافع متجددة بعد الموت فلم يكن الموصى
مفوتا لما دخل في ملكه وانما صحت الوصية لاضافتها الى العين واحتياج الناس
الى ذلك فرخص الشارع صحة الوصية بها وهذا على قول من يبطل الاجارة بموت
الموجر واما على قول من يقول ان العين بعد الموت على حكم مال الميت و لوازم
ملكه لاحقة بها فلا يأتي الثاني انتهى بحيث بعض لعين قال دام ظله ولو اشتمل
على منفعتين كالنخل والبالحة واوصى لاحد بهما فيحتمل هنا التقويم والاقرب
البناء على العادة في استيفاء احدى المنفعتين اقول لان الالفاظ انما تحمل على
المعهود عرفا للفظ ظاهر منه والظاهر راجح ونقيضه مرجوح والمرجوح حال
التساوي للحمل عليه الا ان رجحته اولى واهاله الجون وهما مع خلاف التقدير
فالتراجح اولى ويحتمل القرعة اذا لا ترجيح والاصح الاول قال دام ظله
ولو اسنته وقصد الدوام وعدم استيعاب الاوقات فاشكال اقول اذا
كان للعبد منفعتان كالخياطة والصناعة واوصى لواحد باحدهما دائما لكن قصد
عدم استيعاب الاوقات وانتفت العادة المخصصة المعينة لزمان كل واحدة
منها ففيه اشكال ينشأ من حيث انحصار الحق فيهما فهو للوارث وللموصى له
فلا يبقى على اختيار احدهما كالترتيب فيحتمل القرعة لانه امر مشكل ويحتمل
الصلح لعدم تعين الحق في نفسه والقرعة تكشف ما تعين ويحتمل قسمة
الزمان بينهما للصلح كل وقت لهما ولا ترجيح فتقسم بينهما لتداعي العين ويحتمل
الصلح لعدم تعين الحق في نفسه والقرعة تكشف تخيير الوارث لان الوصية
مطلقة بالنسبة الى الاوقات وكان تملك تعيين المطلق فكذا الوارث والاصح
عندي القرعة قال دام ظله وهل يحسب ما بقي من القيمة للرقبة على الورثة من التركة
اشكال ينشأ من الحيلولة للموت اقول لتوضيح ذلك مثال وهو انه اذا اوصى
بمنافع عبد مؤبدا وقيمته تام منافعه مائة وبدونها عشرة فعلى القول بخروج
الكل من الثلث يشترط ان يكون للورثة سوى العبد مائتان وعلى القول بان
المعتبر التسعون يشترط ان يبقى للورثة ضعف التسعين فهل يحسب العشرة التي
هي قيمة الرقبة المجردة عن المنافع على الورثة او لا يحسب بل يشترط ان يكون لهم
تسعون غيرها فيه اشكال ينشأ مما ذكره المصنف من بقاء الرقبة لهم وعليهم
من

من استيفاء المنافع المتعلقة بالرقبة خاصة كالعتق والبيع على الموصى له وانما
يقوم بالنسبة الى هذه المنافع وهذا هو الاصح عندي قال دام ظله ونفقة
العبد والحيوان الموصى بخدمته وفطرته على الوارث في الموقتة وفي المؤبدة اشكال
اقول فيه احتمالات آ ان يكون على الوارث لان مناطها ملك الرقبة لا المنافع
وهو هنا للوارث ب انها على الموصى له لانه ملك منافعه على التأبيد وكان اقوى
من المالك هنا فاولى ج انها في كسبه ومع العدم في بيت المال لعدم ملك
الموصى له الرقبة وكان كالمستأجر ولا فائدة للوارث فيه فلا يجب عليه اجحاف ولحق
ابتناء هذه المسألة على نفقة الاجير الخاص مع عدم الشرط ويبنى على ذلك وجوب الفطرة
قال دام ظله ولو اوصى بعتق مملوكه وعليه دين فان قوم الدين وان فضل من
التركة ما يسع ثلثه قيمة العبد عتق والا اعتق منه بحصته وسعى في الباقي ولو لم يبق شيء
بطلت وقيل ان كانت قيمته ضعف الدين عتق وسعى في خمسة اسداس قيمته ثلثه
للديان وسهمان للورثة وان كان اقل بطلت اقول الاول اختيار ابن ادريس
والثاني اختيار الشيخ في النهاية وابن البراج واختاره المفيد في المقنعة لنا انه اذا
لم يحط الدين بالتركة فضل شيء يملكون ما لا للمريض فيدخل تحت قوله عليه السلام الآتي
ملك ماله وما رواه الحلبي في الحسن قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل قال ان مت
فعبدي حر وعلى الرجل دين فقال ان توفي وعليه دين قد احاط بثمن الغلام بيع
العبد وان لم يكن قد احاط بثمن العبد استسعى في قضاء دين مولاه وهو حر اذا
اوفى احتج الشيخ بما رواه زرارة في الحسن في رجل اعتق مملوكه عند
موته وعليه دين قال ان كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه والا لم يجز
وفي الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في حديث طويل قلت
رجل مات وترك عبدا لم يترك غيره وقيمة العبد ستمائة درهم ودينه اربعمائة درهم
قال كذا يباع العبد فيأخذ الغرماء اربعمائة ويأخذ الورثة مائتين ولا يكون للعبد
شيء قال قلت فان كانت قيمة العبد ستمائة درهم ودينه خمسمائة درهم قال فضحك ثم
قال بعد كلام قال ان توقف العبد ويستسعى فيكون نصفه للغرماء ويكون ثلثه
للورثة ويكون له السدس والجواب بما ذكرناه اولى لاعتضاده بالرواية
بالاصل قال دام ظله ولو اوصى بعتق مماليكه دخل ما يملكه منفردا او مشتركا
بعتق النصيب ويقوم عليه من الثلث على اشكال اقول ينشأ من عموم النفي

ومن ان المتبرعات العتق لا تنفذ الا بعد الموت ولان العتق بالتبرع انما
بالعتق او بالاداء وكلاهما لا يتحقق هنا الا بعد الموت وهو غير مخاطب
اذن ولا يتحقق ان قوله عليه السلم من اعتق سهما من عبيد عتق كله مخرج
الميت من وجهين آ انه قوله من اعتق انما هو حقيقة في المباشر ولا يتحقق
في الميت ولا الوارث لانه كالوكيل عن الميت ب قوله عليه السلم انما يتحقق المخاطب
واعلم ان للاصحاب في هذه المسئلة قولين احدهما قول الشيخ في النهاية انه يقوم
عليه ان كان ثلثه يحتمل وان لم يحتمل عتق منه بقدر ما يحتمل وتبعه ابن
البراج واختاره والدي المصنف في المختلف وثانيهما قوله في المبسوط لانه
لا يقوم واختاره ابن ادريس احتج والدي في المختلف بان الموصي اوجد
سبب السراية في العتق فيوجد مسببه اما الاولى فلان العتق في الحقيقة
مستند اليه ولهذا كان ولاؤه له واما الثانية فظاهر ولما رواه احمد بن زياد
عن ابي الحسن عليه السلم قال سالته عن الرجل يحضره الوفاة وله المماليك لخاصة
نفسه وله مماليك في شركة رجل اخر فيوصي في وصيته مماليكي احرار ما حال مماليكه
الذين في الشركة فكتب عليه السلم يقومون عليه ان كان ماله يحتمل فهم احرار
واحتج الشيخ في المبسوط بان ملكه قد زال عن ماله بالموت الا القدر الذي
استثناه ويمنع ان الذي لمعنى لانما وجد سبب التقويم قال دام ظله ولو اوصى
بعتق عدد مبهم من عبيده ولم يعينهم استخرج العدد بالقرعة ان استوى في الثلث
ويحتمل تخيير الورثة اقول لانه اما ان يكون الوصية بان يعتق الوارث واحدا
لا بعينه بان يقول احدكم حر ولم يقل به احد او يعتق واحدا في نفسه وهو تكليف
بما لا يطاق او ما يعينه الوارث وهو المطلوب ولانه قائم مقام المورث في
القرعة انه موضوع على فعل الوارث ولانه حق للعبيد ولا ترجيح فتعين القرعة
لانها لكل امر مشكل وهي الاصح قال دام ظله ولو اوصى بعتق رقبة مؤمنة
وجب فان تعذر فليعتق من لا يعرف بنصب اقول هذا قول الشيخ في النهاية
خلافا لابن ادريس فانه ذهب الى انه لا يجزي الا المؤمنة وقال ابن البراج اذا اوصى
بعتق رقبة مؤمنة لم يجز ان يعتق الا من كان كذلك وقد ذكر انه اذا
لم يوجد المؤمنة اعتق من الناس من لا يعرف بنصب ولا عداوة لاهل البيت
عليهم السلم والذي ذكرناه احوط هذا اخر كلامه والحق عندي مذهب
ابن

ابن ادريس لنا قوله تعالى فمن بدله بعد ما سمعه ويعول الشيخ على رواية علي
بن ابي حمزة عن ابي الحسن عليه السلم قال سالته عن رجل اوصى بثلثين دينارا يعتق
بها رجلا من اصحابنا فلم يوجد بذلك قال يشترى من الناس فيعتق وابن ابي حمزة
ضعيف قال دام ظله ولو اوصى بجزء من ماله فالسبع وقيل العشر اقول
القولان للشيخ رحمه الله فقال في النهاية والخلاف بالاول وهو اختيار المفيد
وابن الجنيد وسلار وابن البراج وابن حمزة وقال في كتابي الاخبار بالثاني وهو اختيار
ابني بابويه والمصنف في المختلف احتج بما رواه الشيخ في الصحيح عن عبد الله
بن سنان قال ان امراة اوصت الي وقالت ثلثي يقضى به ديني وجزء منه لفلانة فسالت عن ذلك
ابن ابي ليلى فقال ما ارى لها شيئا ما ادري ما الجزء فسالت ابا عبد الله عليه السلم بعد
ذلك وخبرته كيف قالت المراة وما قال ابن ابي ليلى فقال كذب ابن ابي ليلى لها عشر الثلث
ان الله تعالى امر ابراهيم عليه السلم وقال له اجعل على كل جبل منهن جزءا وكانت الجبال يومئذ
عشرة فالجزء هو العشر من الشيء احتج الاولون بما رواه ابن ابي نصر في الصحيح
قال سالت ابا الحسن عليه السلم عن رجل اوصى بجزء من ماله فقال واحد من سبعة ان
الله تعالى يقول لها سبعة ابواب لكل باب منهم جزء مقسوم والجواب ان الاول
يرجح بكونه صاحب الواقعة والاصح عندي ان العشر لانه يصدق عليه انه جزء حقيقة
والاصل انه اذا تردد بين الاقل والاكثر انما يحمل على الاقل وايضا فانه تعالى استعمله
في العشر ونص المعصوم بما سند الاية على ان هذا الاستعمال حقيقة فالاسم
الاولى محمولة على الوجوب والثانية على الاستحباب جمعا بين الاخبار قال دام
ظله ولو قال اعطوه كثيرا من مالي كان بمنزلة اعطوه حظا او نصيبا من مالي وهو اختيار
المصنف في كتبه وهو قول ابن ادريس للاقتصار بالرواية على موضع النص وهو الاصح
والثاني قول الشيخ وابن حمزة والصدوق والا لزم الاشتراك او المجاز وكلاهما خلاف
الاصل فعلى الاول يتخير الوارث وهو الاصح قال دام ظله ولو قال اعطوه جزءا
من مالي احتمل سبع السبع او عشر العشر وما يعينه الوارث اقول البحث هنا
قد مضى ووجه الثالث ان الروايتين المعتبرتين انما وردتا في الوصية بجزء المال
لا جزء جزئه فلا يحمل على الاول لانه خلاف الاصل فيقتصر به على موضع النص
وهو الاصح عندي قال دام ظله ولو اوصى باسباب فهي للوصي سبعا منها صرف

فيسقطه في وجوه البر وقيل يصرف ميراثا أقول الأول مذهب الشيخين والصدوق
وابن البراج والثاني نقله ابن ادريس عن الشيخ في جواب الحائريات وقواه المحقق
لانهم يقولون بان يجعل ميراثا استدلالا للوصية وما رواه محمد بن ريان قال كتبت اليه
يعني علي بن محمد عليه السلام أسأله عن انسان يوصي بوصية فلم يحفظ الوصي الا بابا واحدا
منها كيف يصنع في الباقي فوقع عليه السلام الأبواب الباقية اجعلها في البر
ولان ملك الورثة بعد الوصية حال لكنه غيرهم وقد خرج بتصرفه في البر فعم
بخروجه الى الورثة بامتناع القيام بها فتبطل والجواب منع كلية الكبرى
فان الممتنع المتعين لا مطلق الاخراج عن ملك الوارث ويصح القرينة دالا
هو الاصح قال دام ظله ولو اوصى بسيف معين دخلت الحلية والجفن ان كان
في جفن على اشكال أقول منشأه من العرف وهو قول الشيخ ابي جعفر الطوسي
وعدم دلالة لفظ السيف عليه باحدى الدلالات الثلاث وهو الاصح لان نقل
مال الغير مبني على الاحتياط وان كل مبني على الاحتياط لا يكفي فيه الا الجزم او ما
نزل منزلته بمع علم من ابتناء الظن كالبينة قال دام ظله ولو اوصى له بسفينة
او صندوق او جراب فهل يدخل المظروف أقول هذا قول الشيخ ابي جعفر الطوسي
واختاره ابن الجنيد والصدوق وابو الصلاح واما ابن البراج لرواية ابي جميلة عن الرضا
عليه السلام قال سألته عن رجل اوصى لرجل بسيف وكان في جفن وعليه حلية فقال قال مع
له الورثة انما لك النصل وليس لك المال فقال لا بل السيف بما فيه له قال قلت رجل
اوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال فقال الورثة انما لك الصندوق وليس
لك المال قال فقال ابو الحسن عليه السلام الصندوق بما فيه له وعن عقبة بن خالد
عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل قال هذه السفينة لفلان ولم يسم ما
فيها وفيها طعام أيعطاها الرجل وما فيها قال هي للذي اوصى له بها الا ان يكون
صاحبها متهما وليس للورثة شيء واما المصنف فقيد الصندوق بالمقفل والجراب
بالمشدود وهو اختيار ابي الصلاح والحق انه ان وجدت قرينة تقتضي الدخول
دخل والا فلا والحديث انما هو في المشار اليه قال دام ظله ولو اوصى باخراج
بعض ولده من التركة لم يصح وهل يكون وصية لباقي الورثة بالجميع او يلغوا
لفظه اشكال أقول المشهور بين الاصحاب البطلان واختاره الشيخ
في النهاية وروى محمد بن بابويه في كتابه عن وصي علي بن السري قال قلت لابي
الحسن

الحسن عليه السلام ان علي بن السري توفي واوصى الي فقال رحمه الله قلت وان
ابنه جعفرا وقع على ام ولد له فامرني ان اخرجه من الميراث فقال لي اخرجه
فان كنت صادقا فسيصيبه خبل قال فرجعت فقدمني الى ابي يوسف القاضي
فقال له اصلحك الله انا جعفر بن علي بن السري وهذا وصي ابي فمره فليدفع الي
ميراثي فقال ما تقول فقلت نعم هذا جعفر بن السري وانا وصي علي بن السري
قال فادفع اليه ماله فقلت اني اريد ان اكلمك قال فادن فدنوت حيث
لا يسمع احد كلامي فقلت له هذا وقع على ام ولد لابيه وامرني ابوه واوصى الي
ان اخرجه من الميراث ولا اورثه شيئا فاتيت موسى بن جعفر عليه السلام بالمدينة
فاخبرته وسألته فامرني ان اخرجه من الميراث ولا اورثه شيئا فقال الله
ان ابا الحسن امرك فقلت نعم فاستحلفني ثلاثا ثم قال لي انفذ ما امرك والقول
قوله قال الوصي فاصابه الخبل بعد ذلك قال ابو محمد الحسن بن علي الوشاء رأيته
بعد ذلك قال ابن بابويه محمد عقيب هذه الرواية من اوصى باخراج ابنه من الميراث
ولم يحدث هذا الحدث لم يجز للوصي انفاذ وصيته في ذلك قال الشيخ في الاستبصار
هذا الحكم مقصور على هذه الوصية لا يتعدى بها الى غيرها والمصنف لم يعمل على هذه
الرواية لانها قضية في واقعة فلا تعم لمخالفتها الادلة ومن ثم استشكل البطلان
الوصية بالكلية او وقوعها لغيره من الورثات بالجميع فيمضي من الثلث كما لو اوصى بذلك
ابتداء ومنشأ الاشكال من حيث اطلاق الاصحاب بطلان الوصية ومن استلزامه
ذلك فيمضي من الثلث والاقوى ان كون الباقي للورثة لا يحصل من مجرد لفظ الوصية
مطابقة ولا تضمنا وهو ظاهر ولا التزاما لانه اعم اذ هو حكم شرعي لازم لخروجه
وعدم استحقاقه وعدم لتنصيصه بوصية او غيرها واذا لم يوجد الملزوم ولا غيره
يدل على وجود اللازم لم يحكم به والاقوى عندي البطلان واختاره في المختلف صحتها
من الثلث لباقي الورثة ومع اجازته تمضي الكل لان اخراجه يستلزم تخصيص باقي
الورثة واما أقول هذه الوصية مخالفة لنص القرآن حيث قال تعالى يوصيكم
الله في اولادكم للآية وكل وصية مخالفة لنص القرآن فهي باطلة قال دام ظله
ولو امتنع المعين في المذبح احتمل البطلان أقول من حيث ان تعينه ليس الا
للوصية وانما اوصى بالحج من هذا المعين لا من غيره وهما متغايران ومن حيث ان البطلان
لا يستلزم بطلان جزئي بعينه وهو الاصح قال دام ظله ولو

قال لعتقوا وانما وجب ثلاثة الا ان يقصر الثلث فيعتق من يحتمله ولو كان
واحداً ولو قصر عن الاقرب عتق شقص ان وجد والا صرف الى الورثة او تصدق به
على اشكال اقول في هذا الكلام مسائل اربع آ وجوب عتق المماليك الثلاثة
لانه لفظ جمع واقله ثلثة على ما قرر في الاصول ب لو تعذر وجب الممكن حتى الواحد
لوجوب عتق كل واحد واحد والميسور لا يسقط بالمعسور ج لو تعذر الا
جزء واحداً كنصف عبد مثلا فالاقرب عند المصنف وعندي الوجوب ووجهه ان
وجوب عتق العبد يستلزم وجوب عتق اجزائه لتقدم الجزء في الوجودين والعدم
فلا يكون متوقفاً على الكل ومن حيث انه وجب بالتبعية فان دلالة التضمن تابعة
لدلالة المطابقة ومع عدم المتبوع لا يجب التابع د لو لم يمكن شرا شيء من
اجزاء العبد هل تبطل الوصية او يتصدق به قال المصنف فيه اشكال ومنشأه
من تعذر المصرف وهو العتق وغيره تبديل للوصية وهو منهي عنه بالآية وكيف لا
وتعيين شيء ينفي غيره لزوماً فامتنع العمل بالوصية فتبطل ومن حيث انه نوع من البر
وبطلان المركب استلزم بطلان جزء بعينه فتبقى الوصية في البر وانا المعلوم
من قصده بالعتق التقرب قال دام ظله وكذا الاشكال لو اوصى بشيء في
وجه فتعذر صرفه فيه اقول من حيث انه اخرجه عن الورثة وجعله مستحقه
ومن حيث تعذر الوصية والمحذور من تبديلها الاثم والاصح عندي في هذه المسألة
والمسألة السابقة البطلان قال دام ظله اما لو ملكه بالشرا فانه يعتق
من الثلث على الاقوى والاقرب في الاتهاب انه كالارث لانه عتق مستحق ولا عوض في
مقابلته اقول هنا مسئلتان آ اذا اشترى المريض من ينعتق عليه بثمن المثل
هل ينعتق عليه من الاصل فيصح شرا الكل او من الثلث فيبطل الشرا فيما لا يسع له
لاستلزام الملك هنا العتق في الآن الذي بعده بلا فصل فنقول من ذهب
من الاصحاب الى نفوذ منجزات المريض المتبرع بها من الاصل كابن ادريس نفذ عنده
الشراء والعتق من الاصل هنا بل هو اولى وغيره كالمصنف قوى لعتاد البلوغ للحاجب
قوله اشتريت العتق كالحاجب اشترى وكلها مما صدر عن قدرته واختياره والشرا
هنا هو المفوت للثمن والمتبرع على الورثة لاقتضائه حرية المبيع ولان ملك الثمن يستعقب ملك
المبيع غير مستعقب فكان كلا ملك بالنسبة الى الورثة فصار الثمن كالمتبرع به والعتق
اختياري لا عوض في مقابلته ويحتمل ضعيفاً صحتها من الاصل لان الشراء
بثمن

بثمن المثل فلا تبرع فيه والعتق قهري علته القرابة والشرا معرّف والاصح عندي
الاول لان الشرا يستلزم ما منع الشارع منه وهو اتلاف اكثر من الثلث على
الورثة بغير عوض يحصل لهم فيمنع من اللازم والا لزم تكليف ما لا يطاق او انفكاك
اللازم عن ملزومه وكلاهما محال ومبنى هذه المسئلة على مسئلة كلامية هي ان
القدرة على السبب هل هي قدرة على المسبب او يستلزمها او لا قدرة على المسبب
ذهب الجبائيان واتباعهما الى الاول وذهب عباد الصيمري الى الثاني لان المسبب
مع وجود السبب واجب ومع عدمه ممتنع ولا قدرة عليهما فعلى الاول يمضي من الثلث
وعلى الثاني من الاصل ب لو اتهبه المريض من غير ذكر شرط عوض فمن قال ان الهبة
مع الاطلاق تستلزم الثواب وهو العوض المالي من الاصحاب يمضي العتق من الثلث
فيبطل الهبة فيما لا يسع له والمتنبه على هذا القول قال والاقرب في الاتهاب وجزم
في الوصية بالصحة لعدم استلزامها الثواب المذكور والاصح عندي انه يمضي من الاصل
لانه يشتمل على دخول ملك وخروجه والدخول اذا لم يكن في مقابلته عوض لم يكن اعتبار
الثلث واما الخروج فقهري لان الملك عني ويبطل الملكية في الثاني ويتفرع على
هاتين المسئلتين انه لو اشترى المريض اباه وهو يساوي الفا بخمسمائة والتركة
ستمائة فعلى اختيار الشيخ يصح العتق في نصف العبد وخمسة اتساع التي هي ثلث التركة
لان الخمسمائة الزائدة على الثمن تبرع بها البايع ويصح الشرا بثلث التركة من الثمن
وهو مائتان في مقابلتها وعلى قول المصنف من ان بطلان جزء من الثمن يستلزم بطلان
ما يقابله من المثمن كنسبة الكل الى الكل يصح البيع في خمسي العبد مائتين فيبطل
في ثلثه الخامسة في مقابلة ما بطل من الثمن وهو ثلثه الخامسة فيعتق من العبد خمساه
لا غير فيحصل مع الورثة الثلثمائة التي بطل فيها الشرا من الثمن وما بقي من التركة
وذلك ضعفها مما اخرجه من ماله المطلب الثالث في الاحكام المتعلقة بالحساب
وفيه بحثان الاول فيما خلا عن الاستثناء قال دام ظله ولو اوصى لاجنبي
بنصيب ابنه احتمل البطلان والصرف الى المثل اقول قال في المبسوط بطلت
الوصية وقال بعض علمائنا تصح الوصية ويكون بمنزلة ما اوصى له بمثل نصيب ابنه
ووجه الاول ان صحتها موقوفة على بطلانها لتوقف صحتها على ان يكون للابن
نصيب ولا يكون له نصيب حتى تبطل هذه الوصية لان الابن لا يملكه الا بعد خروج

الوصية لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين او نبطلها والاول غير متحقق
لمنافاة صحة الوصية بنفس نصيبه ملكه بعد خروج الوصية والا لاعطي غير النصيب
فكان بدلا للوصية ولا يعلق ملكه على خروجها فيبقى الباقي ولان بطلانها لازم
لكل واحد من النقيضين فيكون منافيا لهما اما الاول فلان لزومه لعدم ثبوت
النصيب للولد لعدم تحقق الموصى به اذ لا نصيب له حينئذ ولثبوته لعدم ترتب
اثرها عليها حينئذ ووجه الثاني حمل اللفظ على مجازه للقرينة وهي تامة ولانه
وصية له بجميع ماله في الحقيقة فيصح والاصح عندي البطلان وهو اختيار
والدي في المختلف لانه اوصى له بحق يستحقه لا له واذا اوصى بحق الغير لم يصح كما
لو قال اوصيت لزيد بملك ولدي والجواب عن حجتهم ان اللفظ المطلق اذا كان
حمله على الحقيقة يستلزم البطلان لا يحمله على المجاز للصحة بل يحكم ببطلانه وهذا
طريق اهل الشرع وفرق بين الوصية بالجميع وبين هذا لان الوصية بالجميع لم تضف
الى الحي وهنا اضافه قالوا المراد بالاضافة التقدير وهو كثير في الاستعمال عرفا
كما لو قال بعت جاري عابلغ به زيد جاره قلنا لا حقيقة في الملك مجاز فيما علم
والا لزم الاشتراك والمجاز خير منه فيحمل على الصحة لا فرق بين زيادة لفظ المثل
وحذفها فقوله اوصيت بنصيبه مثل اوصيت بمثل نصيبه وانما فرق الفاضل بالبطلان
قال دام ظله ولو اوصى بمثل نصيب من لا ابن له كان باطلا او كان فاطلقت على راي اقول
هذا قول الشيخ في المبسوط لانه قد اوصى له بمثل نصيب من لا شيء له وقيل يصح وتقدير لو لم
يكن قاتلا صيانة لكلام العاقل عن الهذرية والحق اختيار والدي في المختلف وهو
انه ان كان عارفا بانه قاتل وانه لا شيء له لم يصح وان جهل احدهما صحت قال دام
ظله ولو اوصى له بمثل نصيب وارث مقدر اعطي ما لو كان موجودا اخذه فلو خلف ابنين
واوصى بمثل نصيب ثالث لو كان فله الربع ولو كانوا ثلاثة فله الخمس ويحتمل ان يكون
له الثلث مع الابنين والربع مع الثلاثة اقول اتفق الكل على صحة هذه الوصية
سواء ذكر لفظة المثل او حذفها اذا عرفت ذلك فنقول هنا مسائل آ
ان يذكر لفظة المثل فيعطى الموصى له ما لو كان الوارث المقدر موجودا اخذه
ويرجع ضمير الفاعل الى الموصى له وضمير المفعول الى ما يأخذ الموصى له لو كان الوارث
المقدر موجودا احتمل ان يأخذ مثل نصف الابن الذي اوصى له بمثل نصيبه ووجه
الاول

الاول انه قدره موجودا واوصى له بمثل ما يأخذ مع وجوده لا بمثل النصيب
لاستحالة كون الشيء مثل نفسه لان المماثلة من النسب والاضافات والوصية تقتضي
ان يكون للابن لو كان موجودا نصيب وللموصى له نصيب وان يكون النصيبان متساويين
فدل على وجه الثاني انه اقام الموصى له مقام الابن المقدر وذلك لان المقدر لولا
الوصية لكان له الثلث على تقدير وجوده فلهذا الموصى له الثلث وانما كان له الربع
فيما اذا كان له ثلاثة بنين للعول بسبب الازدحام فان الابن يستحق الثلث والموصى
له الثلث وصار ربعا وانما جاء العول من وجود الابن الثالث المسمى واستلزم
ابطال احدهما وهذا ليس بموجود في المعدوم وهو الابن المقدر والاصح عندي الاول
ب ان يحذف لفظة المثل فيقول اعطوه نصيب ابن ثالث لو كان موجودا فهنا يعطى
في المثال الاول الثلث اتفاقا قال دام ظله ولو اوصى بجزء من حصة وارث معين
خاصة فهنا احتمالات آ وحدة الوصية ب تعددها مرتبا مقدما للوارث الاخر
ج تقدم للاجنبي د عدم الترتيب فيخرج الثلث ويقسم الباقي على الورثة ويبسط
الثلث على النسب المحتملة بحسب الوصية فلو اوصى له بنصف حصة ابن وله اخر فان
اجاز الابن تقاسما النصف بالسوية وللاخر النصف والا دفع ثلث حصته على
الاول والثاني وعلى الثالث يدفع الى الاجنبي الربع والى الاخر نصف السدس وعلى
الرابع يحتمل هنا التقسيط الخماسي لان وصية الاجنبي بالربع وهي ثلثة من اثني عشر و
وصية للابن بتكملة النصف وهي سهمان والتسوية لان ما يحصل للراجم بعد
الوصية يحصل مثله بالميراث وما زاد وصية وهما متساويان ولو اوصى بالربع
من حصة الابن دون البنت فعلى الاول للاولى كما تقدم وعلى الرابع تقسم الثلث
من تسعة على خمسة عشر بين البنت والموصى له فنضرب احدهما في الاخر تبلغ
مائة وسبعة عشر او تعطى البنت سهما من تسعة بالوصية والموصى له سهمين
والفرق بين الاجازة وعدمها ان حقها في الوصية ونقصه في الميراث او
بالعكس ولو اوصى له بسهمين ساواه البنت لان احتمل الوحدة فالوصية بالسدس
والتعدد بالربع وتظهر الفائدة فيما لو اوصى لاخر بتكملة الثلث ولو اوصى
بنصف حصة للابن تعتبر الوصية دخلها الاثر فللابن شيء وللموصى له نصف شيء

وللبنت نصفها فالوصية تسعة والتسي اربعة **أقول** هنا مسائل **الاولى** اذا
اوصى بجزء من حصة وارث معين خاصة كما اذا اوصى بنصف حصة واحد معين
من الابنين خاصة فهنا احتمالات آ تبطل الوصية لمنع الوصية بالميراث فيما
صحت فيه لتأخرها عنها للآية فعدم الوصية شرط او جزء وقد تحقق في احد الوارثين
دون الآخر لدلالتها بالمطابقة على اعطاء الموصى له ذلك القدر ولم يتعرض لشيء آخر
زائد عن ذلك فكانت وصية واحدة للاجنبي ب تعددها اذ قوله اعطوه نصف
ابني حصر الوصية للاجنبي في حصة احدهما وهو يدل بالالتزام على ان نصيب الآخر
الاصلي لا ينقص بل يعطى نصيبه تاما والا لم يتحقق الحصر ولان التفاضل مع
مقتضى التساوي انما هو بسبب غير سبب التساوي فيثبت ملكه الفاضل لسبب
عدم الوصية اذ العدمي لا يكون علة في الوجودي ولان العدم لا يعلل ولا يعلل
به على قول بعض المتكلمين ولا بمجرد البنوة من غير اعتبار الوصية وعدمها والا
لكان الآخر كذلك هذا خلف فتعين ان يكون باعتبار الوصية فتكون هذه الوصية
قد اشتملت على وصيتين وصية للاجنبي ووصية للابن الموفر وعلى هذا التقدير
وهو تعدد الوصية يحتمل وجوها ثلثة آ الترتيب بين الوصيتين مع تقدم
الوارث لانه اوصى له بان يأخذ نصيبه كملا والاجنبي اخره الموصى له اصلا وهذا
معنى التقدم ب الترتيب مع تقدم الاجنبي لدلالة لفظه على وصية للاجنبي بالمنطوق
وللوارث بالالتزام والثاني تابع للاول ومتأخر عنه ولان الوصية للولد ملتزمة
الوصية للاجنبي ومعلول لها فيتأخر عنها ج عدم الترتيب بين الوصيتين
لثبوتهما في زمان واحد بلفظ من غير تقديم ولا تأخير والتعارض من يرجح تقدم
كل منهما فيتساقطان ويرجع الى الاصل وهو عدم الترتيب اذا تقرر ذلك
فنقول اما ان يجيز الموصى من نصيبه اولا فان كان الاول فلا بحث بانه
في المثال المذكور يأخذ الموصى له الربع والمراحم الربع والابن الموفر النصف تصح
من اربعة وان كان الثاني وهو انه تجزى على وحدة الوصية يدفع المراحم ثلث
ما في يده وهو السدس الى الاجنبي وللموفر النصف وكذا على تعددها وتقدم الوارث
الآخر الموفر لاتحاد وصية الاجنبي في نصف المراحم وتعددها في ثلثه وهو
السدس

السدس لا غير فللمراحم ثلث التركة فللموفر مثله بالميراث ونكمله النصف له بالوصية
وهو السدس ولانا نبني وصيته للموفر بتكملة ما يحصل له بالميراث نصفا
فندفع اليه من ثلث التركة شيئا يبقى ثلث الا شيئا للاجنبي لا يختص بالنقص ويليها
التركة بين الاخوين لكل ثلث بالميراث فعرفنا ان التكملة الموصى بها للموفر
سدس فالفريضة من ستة للموصى له السدس واحد وهو ثلث نصيب الموصى
من نصيب المراحم واثنان للمراحم وللموفر ثلثة وعلى تعددها وتقدم للاجنبي يخرج
ثلث التركة فيدفع منه الى الموصى له الاجنبي ربع التركة وللوارث الموفر تتمة الثلث
وهو نصف سدس ويصحح من اثني عشر للاجنبي ثلثه وللوارث الموفر سهم بوصيته واربعة
بميراثه فله خمسة وللمراحم اربعة وعلى تقدير تعدد الوصية وعدم تقدم احدهما يقسم
الثلث على الوصيتين اعني وصية للاجنبي ووصية الوارث الموفر وفي كيفية قسمة
الوصية في المذكور احتمالان ذكرهما المصنف وذكر وجههما **احدهما** قسمته اخماسا
اذ الموصى له الاجنبي وصية ثلثة من اثني عشر وللابن الآخر الموفر وصيته تمام النصف
سهمان فان شئت فاضربه خمسة في اثني عشر ومنها تصح وان شئت تضرب ثلثة في
خمسة تبلغ خمسة عشر الثلث تقسمه اخماسا للاجنبي ثلثة اخماسه وللابن خمساه ويبقى
عشرة بين الابنين فيحصل للابن الموفر سبعة وللموصى له الاجنبي ثلثة وللمراحم
خمسة **وثانيهما** قسمة الثلث بينهما بالسوية لما ذكره المصنف من ان وصية
الاجنبي بالربع قبل الميراث الربع مع صحة الوصية فللاجنبي كذلك في تقرير الموصى
بوصيته والزائد له بالوصية وانما يقسط النقصان على نسبة تعدد كل الوصية
وان كلما اخذه الموصى له من نصيب المراحم فللموفر مثله بالوصية قال المصنف وهذا
الوجه احسن فتصح من ستة الثلث بين الموصى له الاجنبي والابن الموفر بالسوية لكل سهم
والثلثان بين الابنين بالسوية **المسألة الثانية** اذا كان له ابن وبنت واوصى
بالربع من حصة الابن دون البنت ونعني بالربع هنا ربع التركة فعلى البطلان للاول
الحكم ما تقدم وهو ظاهر وان على وحدة الوصية مع عدم الاجازة يدفع الابن
الى الموصى له ثلث ما في يده ويخرج ثلث الثلث تسعة فاصل الفريضة تسعة للابن
ستة ثلثها اثنان للموصى له وللابن اربعة وللبنت ثلثة وعلى تعدد الوصية
وتقدم الوارث يخرج الثلث يدفع الى البنت منه سهم من تسعة لان وصيتها
تمام الثلث ولها تسعان وللاجنبي بقية الثلث سهمان ويقسم الباقي اثلاثا

للابن ثلثاه وللبنت ثلثه وعلى تعدد الوصية وتقديم الاجنبي يدفع الى الاجنبي الربع والى
البنت نصف السدس بتمة الثلث والباقي يقسم اثلاثا فاصل الفريضة ستة وثلثون
سهما للاجنبي تسعة وللبنت احد عشر وللابن ستة عشر وعلى تعدد الوصية وعدم التقديم
يقسم الثلث على نسبة الوصيتين وفيه احتمالان احدهما قسمته على ثلثة عشر اذ اصل
الفريضة ثلثة يقسم الثلثان على ثلثة نصيب ثلثه في ثلثه يخرج الثلث للموصى له بربع الاصل
سهمان وربع ووصية البنت التفاوت بين التسعين والثلث وهو سهم فمخرج الوصيتين
ثلثة اسهم وربع فيبسط من جنس الكسر فيكون ثلثة عشر للموصى له تسعة اجزاء وللبنت اربعة
فضرب ثلثة عشر في تسعة تبلغ مائة وسبعة عشر فالثلث للوصيتين وهو تسعة وثلثون ويكون
وللاجنبي سبعة وعشرون وللبنت بوصيتها اثنا عشر يبقى ثمانية وسبعون للبنت الثلث
منها ستة وعشرون تكمل لها ثمانية وثلثون **الاحتمال الثاني** ان يقسم الثلث بين الاجنبي
والبنت اثلاثا لان وصية البنت سهم وهو التفاوت بين الثلث والتسعين والباقي
بالميراث وهو سهمان من تسعة فيكون للابن ضعفه بالميراث اربعة اسهم يبقى
وصية الاجنبي سهمان وههنا دقيقة وهي ان للبنت ثلثة اسهم وهو التفاوت
بين الثلث والتسعين والباقي بالميراث مع الاجازة وكذا مع عدمها لكن مع الاجازة
يكون لها اربعة من اثني عشر بالوصية والميراث وللابن خمسة وللموصى له ثلثة فللبنت
سهمان ونصف بالميراث وسهم ونصف بالوصية ومع عدم الاجازة للابن خمسة
وثلث وللبنت سهمان وثلثا سهم ولها بالوصية سهم وثلث فمع الاجازة يزيد حقها
بالوصية وينقص بالميراث ومع عدم الاجازة ينقص حقها بالوصية عن حال الاجازة
ويزيد حقها بالميراث واستخرج والدي هاتين المسئلتين والحقهما بالقواعد
ونحن على ساحل بحر القلزم في سنة اثنتي عشرة وسبعمائة في صحبة السلطان غياث
الدين خدابندة محمد رحمه الله **المسئلة الثالثة** لو اوصى بمساواة البنت للابن
في الميراث احتمل وحدة الوصية فانه منع الابن من السدس واعطاه البنت فهي
وصية واحدة ويحتمل تعدد الوصية لانه لما كان للابن سهم بالميراث كان
للبنت نصفه فالزائد يكون لها وصية فاذا اوصى لها بنصيبه بالسدس فقد اوصى
لها من نصفها بنصف سدس والفائدة تظهر في شيئين احدهما زيادة حقها
بالميراث ونقصانه في الوصية وبالعكس الثاني فيما اذا اوصى لآخر بتكملة
الثلث فان قلنا بوحدة الوصية يكون له السدس وان قلنا بالتعدد يكون
له

له نصف السدس وهذه المسئلة وقعت في زمان بدكان وسئل والدي المصنف
عنها حين وصلنا في خدمة السلطان غياث الدين خدابندة الى بلد جرجان
سنة اثنتي عشرة وسبعمائة **قال** دام ظله ولو اوصى بضعف نصيب ابنه اعطي
مثله مرتين وقيل مثل واحد ولو قال ضعفاه فهو ثلثة امثاله ويحتمل اربعة
امثاله **اقول** قال الفراء ضعف الشيء مثلاه وهو قول كثير من اهل اللغة
واكثر الفقهاء وقال صاحب الصحاح ضعف الشيء مثله وضعفاه مثلاه واضعافه
امثاله وذكر الخليل ان التضعيف ان يزاد على الشيء مثله فيجعل مثلين
او اكثر وههنا مسئلتان **ا** اذا اوصى بضعف نصيب ابنه قيل اعطي مثل نصيبه
لقوله تعالى يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين
اي مثلين لانه تعالى لا يجوز ان يعاقب على السيئة اكثر مما جازى على الحسنة
وقد قال تعالى ومن يقنت منكن لله ورسوله وتعمل صالحا نؤتها اجرها مرتين
فعلمنا ان المراد في الاية الاولى بقوله ضعفين مثلان واذا كان الضعفان مثلين
فالضعف مثل واحد وبه قال ابو عبيد القسم بن سلام وقيل مثلان لقوله
تعالى لاذقناك ضعف الحيوة وضعف الممات وقال تعالى فاولئك لهم جزاء
الضعف بما عملوا وقال تعالى وما آتيتم من زكوة تريدون وجه الله فاولئك هم المضعفون
وقال تعالى فآتت اكلها ضعفين قال عكرمة تحمل في عام مرتين وقال الازهري الضعف
المثل فما فوقه وقال ابو عبيدة معمر بن المثنى ضعف الشيء مثله وضعفاه مثلاه وثلاثة
اضعافه اربعة امثاله وعلى هذا فاعلم ان الشيخ في المبسوط اختار ان الضعف
مثلان واختاره شيخنا ابو القسم سعيد والمصنف هنا وقال في المبسوط
وقال قوم الضعف مثل واحد وهكذا نقله والدي المصنف وابن سعيد ولم
احققوا اسم القائل من الاصحاب لكنه قول مالك فيسوي بين الضعف والمثل والاصح
عندي الاول لصحة نفي احدهما مع اثبات الاخر والجواب عن احتجاجهم
بوجهين **ا** نقل عن بعض المفسرين انه جعل عذابهن اذا اتين بفاحشة ثلاثة امثال
عذاب غيرهن فلم يكن فيه دلالة **ب** ان الضعف قد يستعمل في المثل مجازا
والاول للاشتراك والمجاز خير منه واللفظ مع اطلاقه انما يحمل على الحقيقة
لا المجاز **ج** اذا اوصى له بضعفي نصيب ابنه للشيخ قولان قال في الخلاف
يكون له ثلثة امثاله لانه مجمع عليه ولا دليل على الزائد ولاصالة الضعف الى
النصيب والضعف الذي هو مثلاه اذا اضفته الى النصيب يكون

ثلثه امثاله ثم توقف في الخلاف انه اربعة امثاله لان الضعف هو المثل فاذا اعطاه
وجب اربعة امثاله وهذا قوله في المبسوط والحق ما قاله اولا لان الضعف
ضم الشيء الى مثله فاذا قال ضعفيه فكانه ضم مثليه قال دام ظله ولو قال
ضعفوا لفلان ضعف نصيبه ولديه فهو اربعة امثاله وهكذا اذا قال
اعطوه ضعف الضعف ويحتمل ثلثة امثاله اقول الوجهان يتجهان
مما تقدم قيل الثلثة معلوم والزائد مشكوك ومال الغير مبني على الاحتياط
فلا يزاد على الثلثة قال دام ظله ولو قال ثلثي لفلان ان قدم الغائب
فهو له فقدم قبل موت الموصي فهو للقادم سواء عاد الى الغيبة او لا لوجود شرط
الانتقال اليه فلا ينتقل عنه بعده ولو مات الموصي قبل قدومه فهو للاول سواء
تقدم او لا ويحتمل تخصيص القادم اقول القدوم لانه آني زمان فيحتمل
ان يكون في زمان حيوة الموصي ويحتمل زمان حين القادم ومنشأ الاحتمال
ان القدوم فعل القادم فلا يتعلق بغيره ولم تعلقه هو هنا لفظا ومن حيث انه
شرط لتصرفه فيحمل على ايام حيوته كغيره كما اذا قال ان دخلت الدار
فلله علي عتقه ولا انتقاله اليه بعد وفاته فلا ينتقل عنه لعدم سببه اذا تقرر
ذلك فنقول اما ان تقدم في حيوة الموصي اولا فان كان الاول استحق
القادم قطعا لتحقق سبب الانتقال وهو الوصية وشرطه وهو القدوم وان
قدم بعد موت الموصي فاما ان تكون العين باقية او تالفة فان كان الثاني فلا شيء
للقادم وان كان الاول احتمل ان تكون للاول على الاول لانه لما مات
الموصي وجد سبب ملك الموصى له الاول وهو الوصية والقبول واذا ملكها
الاول فلا ينتقل عنه بوصية غيره لانه لم يعهد في الشرع في غير الوقف وعلى الثاني
ينتقل الى القادم لتحقق شرط الانتقال فيه ولاستمرار ملك الاول مشروط
بعدم قدوم الغائب وقد انتفى الشرط فينتفي مشروطه ولو اضاف
القدوم الى سنة معينة او حياة احدهما او غيرهما فالحكم ظاهر قال دام
ظله ولو اوصى له بثلثه ولآخر بربع ولثالث بخمس ولرابع بمثل وصية احدهم فله الخمس
ولو قال فلان شريكهم فله خمس ما لكل واحد ولو اوصى لاحدهم بعبد ولآخر
بدار ولآخر بعبد ثم قال فلان شريكهم فله نصف ما لكل واحد لانه هنا
شارك كل واحد منهم منفردا والشركة تقتضي التسوية وفي الاول الجميع
مشتركون ولو قيل له الربع في الجميع كان اولى اقول

وجه

وجه الاولوية انه جعله مشاركا للمجموع الثلاثة فجعله رابعهم واتاه مجموعا والجمع
لفظه يدل عليه ولم يجعله شريك كل واحد واحد وانما فرق بين هذه
المسألة وبين المسألة الاولى ان في الاولى الشركة مع الكل من حيث هو كل لان
الكل مشتركون في شيء واحد باجزاء شائعة فانما تختلف حصصهم بالمقدار ولما
في الثانية فكل واحد منفرد من كل وجه والشركة فيه تقتضي الشركة مع كل
واحد واحد والشركة تقتضي التسوية مع اطلاقها ومن ثم جزم في الاولى دون
الثانية قال دام ظله ولو خلف ثلثة بنين واوصى لثالث بمثل انصبائهم فالمال
على ستة ان اجازوا وان ردوا فمن تسعة ولو اجاز واحد وردوا على
اثنين فللمردود عليهما التسعان ويحتمل امران في المجاز له احدهما ان يكون له السدس
الذي كان له بكمال الاجازة للجميع فاخذ السدس والتسعين من مخرجهما وهو
ثمانية عشر ويبقى احد عشر لا ينقسم فتضرب عدد البنين في ثمانية عشر وان نقص المجاز
له كان للمجيز ويقسم الباقي بعد التسعين عليها فتضرب اربعة في تسعة فان اجاز لا
لعدد ذلك للاخرين اعطوا الكل واحد تمام السدس فتصح المال منها اسداسا
على للاول وعلى الباقي يقسمون ما حصل لهم وهو احد وعشرون من ستة وثلثين
الى ما حصل لهم وهو ثلاثة ويقسمونه على عدة ينكسر فتضرب عدة في ستة وثلثين
تبلغ مائة وثمانية اقول اما المردود عليهما فلهما ما كان لهما عند رد الكل
وهو التسعان ولا خلاف فيه وانما المجاز له ففيه احتمالات آ ان له السدس
لان وصيته تقتضي انه واحد من ستة ونفذ اختيار الورثة ذلك ب ان يضم المجاز له
الى البنين الثلاثة كما ذكر المصنف لانه جعله كواحد منهم فيقصد المجاز زيادة ويريد
الرد نقصه للمساواة فيخرج التسعان للرد وجعلهما ويقسم الباقي بينه وبين الاولاد
والتحقيق ان هذه المسألة تبتني على الفرق بين المجموع من حيث هو مجموع وبين
كل واحد واحد وهو ظاهر فنقول منشأ الاحتمالين ان هذه وصية
للمجموع من حيث هو مجموع او وصية لكل واحد واحد بمثل ما لكل واحد واحد
من الاولاد يحتمل الاول لانه اتى بلفظ المجموع في الوصية او بلفظ العدد العارض
للمجموع لا الكل واحد فقد نزلهم منزلتهم وهم الكل والمبالغ اذا اعطى مثل كان الزائد
مثل المزيد عليه فالوصية انما هي النصف فلكل واحد السدس ووجه الباقي
انه فرضهم اولادا فينا وكان المجاز له مع الاولاد فيقسم الباقي عليه وعلى الاولاد

على اربعة ونظيرها المسألة في الصورة ب د باخذ النصيب فانه على الاحتمال الاول يأخذ
المجاز له ستة وثلاثين وعلى الثاني سبعة لان المردود عليهما تسعين ثمانية
يبقى ثمانية وعشرون للمجاز له ربعها ب لو اجازوا بعد ذلك للاثنين الباقيين
فعلى الاول يكملون لكل واحد السدس فيصير المال اسداسا لكل واحد
منهم ستة من ستة وثلاثين وعلى الثاني يضمون ما حصل لهما ويقسمونه بالسوية
فنضرب خمسة في ستة وثلاثين يبلغ مائة وثمانين ومنها تصح وانما يساوي الموصى
لهم مع اقتضاء الوصية التسوية لانهم لما ردوا على الاثنين بطلت الوصية لهما بالزايد
فاذا اجازوا كانت هبة مبتدأة لهما لما تقتضيه الوصية وان اجاز واحد للكل
فللمجاز له النصف السدس ثلاثة من ثمانية عشر وللاخرين اربعة اتساع ثمانية يبقى سبعة
للموصى لهم تقسم على ثلاثة تضربها في ثمانية عشر تبلغ اربعة وخمسين وان اجاز واحد
لواحد دفع اليه ثلث ما في يده من الفضل على حال الاجازة وهو ثلث سهم من ثمانية
عشر فاضربها في ثلاثة تكن اربعة وخمسين ومنها تصح قال دام ظله ولو اوصى بجزء
مقدر ولآخر بمثل نصيب وارث يحتمل اعطاء الجزء لصاحبه وقسمة الباقي بين الورثة
والموصى له واعطاء صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كان لا وصية غيرها
فلو اوصى له بثلث ماله ولآخر بمثل نصيب احد بنيه وهم ثلاثة فعلى الاول للموصى له
بالثلث الثلث والباقي يقسم ارباعا وتصح من ستة فان ردوا بطلت وصية
الثاني وعلى الثاني للاول الثلث وللآخر الربع مع الاجازة وتصح من ستة وثلاثين
ولو زاد الجزء على الثلث احتمل وجها ثالثا وهو ان يجعل لصاحب النصيب نصيبه
من الثلثين وهو ربعهما لان الثلثين حق الورثة لا يخرج منها شيء الا باجازتهم
فصاحب النصيب كواحد منهم بقي الموصى لا ينقص من السدس شيئا الا برضاه
اقول وجه الاول انه اوصى بمثل النصيب وهو ما يحصل بعد الوصايا
لان مثل النصيب انما يتبع النصيب وبعده فهو بعد الوصية بالجزء وانما هو مع
البعض او بعده بعد ولانه جعله لواحد منهم ويساوي وصيته بنصيبه ولا
يكون له ان يزيد منه ولا ينقص ووجه الثاني انه النصيب الاصل بالحقيقة ولانه
لو كان المراد النصيب الذي بعد اخراج الجزء لكان اذا اراد الموصى له بالجزء احد
الموصى له بمثل نصيبه نصيبه بعد اخراج الجزء ولانه جعله تابعا ان لم يعد ولم
يقل

يقل انه بعد الوصية الاولى وهو ضعيف لانه ساواه باحدهم وكل واحد منهم
عن الجزء ويساوي المتأخر متأخر والاصح الاول ووجه الثالث ما ذكره
المصنف فانه نص على انه مثل احدهم وقوله وان ردوا بطلت وصية الثاني هذا
انما يأتي على تقدير الترتب اما مع التسوية فيقسم الثلث بين الوصيين على ما كان لهما
حال الاجازة فعلى المثال المذكور وهو ما لم يرد الجزء على الثلث يقسم الثلث بين
الوصيين على ثلاثة والثلثان على البنين على ثلاثة وتصح من تسعة وعلى الثاني يقسم
الثلث بينهما على سبعة والثلثان على الورثة على ثلاثة وتصح من ثلاثة وستين سهما
وفي المثال الثاني وهو ما اذا زاد الجزء على الثلث كان يوصي بالنصف اذا ارد الورثة
ولم يقصد التقديم فعلى الاحتمال الاول يقسم الثلث على الموصى لهما على خمسة والثلثان
على الورثة على ثلاثة وتصح من خمسة واربعين وعلى الاحتمال الثاني يقسم الثلث بين الموصى
لهما على ثلاثة والثلث على الاولاد على ثلاثة وتصح من تسعة وعلى الثالث يقسم الثلث
بين الموصى لهما على اربعة والثلثان على الاولاد على ثلاثة وتصح من ستة وثلاثين
قال دام ظله ولو اوصى لرجل بمثل نصيب وارث ولآخر بجزء مما بقي من المال
احتمل ان يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث اذا لم يكن له وصية اخرى
وان يعطى مثل نصيبه من ثلثي المال وان يعطى مثل نصيبه بعد اخذ صاحب الجزء
نصيبه ويدخلها الدور اقول وجه الاول انه جعله قبله فجاز وجود الاولى
الثانية كالمعدومة ووجه الثاني انه جعل له مثل نصيب الابن وهو يملك من الثلثين
بالتسمية وكلما نقص من نصيبه من الثلثين فهو باختياره واخراجه فيكون الموصى له
كذلك والا لم تتحقق المماثلة ووجه الثالث انه اوصى بمثل نصيبه وهو الحاصل بعد
جميع الوصايا لان الميراث بعد الوصية لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين
فقد ساوى بينهما وبين الدين وجعل الميراث بعدهما وقدمهما عليها والثالثة ليس
وجعلها بعدها فاعلم ان الدور الذي اورده المصنف وغيره من المحققين ليس
من الدور المحال بل دور معي وذلك لان نصيب الوارث ونصيب الموصى له لا يعرف
في العرف والجهالة كالمتضايفين واذا انظر الذهن اليهما خاصة عرف انه يلزم من
احدهما بصاحبه الدور فان العلم بكمية النصيب يتوقف على معرفة الوصية الثانية

ولا نعلم الاجماع العلم بالتنصيص فلا بد من ان يحتاط بغيرهما بعد فيهما وقد ذكر المصنف
وهو طريق التخلص من التردد قال دام ظله ولو اوصى لواحد بالنصف ولآخر
بالربع وقال لا تقدموا احدهما على الآخر فالاقوى عندي مع عدم الاجازة
بسط الثلث على الجزئين فالفريضة من تسعة اقول اذا اوصى باجزاء من المال فان
لم يزد على الثلث نفذت من مخرجها وقسمت الباقي على الورثة وان زادت على
الثلث وقال لا تقدموا احدهما على الآخر اي في الصحة اي لا تصححوا واحدة
وتبطلوا الآخرى فان اجازت الورثة فالطريق ما تقدم وان لم يجيزوا فقسم
بينهم الثلث وفي كيفيتها وجهان آ ما جعله المصنف اقوى وهو الاصح عندي
لنصه على عدم التقدم نصا وبان نقسم الثلث على نسبة الوصيتين فنقسم اثلاثا
فيكون الفريضة من تسعة ب يحتمل ان يقال صاحب النصف يدعي الثلث
كله وصاحب الربع يدعي الربع فيخلص لصاحب النصف نصف سدس ويبقى الربع
كل منهما يدعيه فيقسم بينهما نصفين ويتأتى احتمالات الدعاوى فرعان آ
قال الشيخ في الخلاف اذا اوصى بجميع ماله لواحد ولآخر بثلث ماله واجاز الورثة
اخذ الاول جميع المال وبطل الثاني لعدم محل وصيته وقال والاولى اذا
نص الموصي على عدم الرجوع على الاولى وقصدا العول فللاول ثلاثة ارباع
وللثاني ربع لان الثلث المراد على الكل نسبته الى المجموع من الكل والثلث ربع
ب قال الشيخ في الخلاف ولو بدأ بصاحب الثلث كان له ولصاحب الكل الثلثان
مع اجازة الورثة وعندنا لو نص على عدم الرجوع والعول كان للاول
الربع ايضا ولو ردوا قسم الثلث على نسبة الاجازة قال دام ظله ولو اوصى
لواحد بنصف ماله ولآخر بثلثه وللآخر بربعه على سبيل العول من غير تقديم ولا رجوع
فقد بينا ان الوجه عندنا الصحة مع اجازة الورثة فيحتمل احتسابه قسمة
المال على ثلاثة عشر سهما للموصى له بالنصف ستة وبالثلث اربعة وبالربع ثلثه
الحاجي اقول وجه الاحتمال الاول نفوذ الوصية بكل المال على تقدير
الاجازة لان هذه المسألة تتفرع على نفوذها مع الاجازة وبثبوت التفاضل
بينهم لتصريح الموصي به فيقسم على قدر انصبائهم كالشركاء فدخل النقص بسبب
العول للضرورة على الكل والا لزم الترجيح من غير مرجح ولان العمل بالوصايا
واجب ولا يتم الا بذلك فان قسمته على غير الانصباء تغيير للوصية
ولانه

ولانه لو اوصى باعداد مختلفة تفضل التركة عن الكل لقسم بينهم على قدر الوصايا
كما لو اوصى لواحد بمائة وهي ثلث تركته ولآخر بمائة وخمسين ولآخر بخمسة وسبعين
درهما مع عدم الرجوع والمنع من التقديم وقصد العول يقسم على هذه
النسبة وكذا هاهنا ومع الرد يقسم الثلث على نسبة الكل مع الاجازة لان
الموصي له قصد تفضيل بعضهم على بعض على نسبة الانصباء في كل جزء من ماله
ولعدم اختلاف القسمة بين الشركاء بانصباء مختلفة على نسبة انصبائهم حال كمال
المال ونقصانه ويحتمل حمله على الدعاوى وهو ان يختص الاكثر نصيبا بما
يفضل منه عن الانقص لاقتضاء الوصية ذلك ويقسم بينهم بالسوية فيما يتصف
بفضل ذا الثلث منهما من اثني عشر فيختص بهما ويفضل كل منهما على صاحب الربع
بينهم واحد لان صاحب النصف يدعي ما يعطي له وهو اربعة وصاحب الثلث يدعي اربعة
ايضا وصاحب الربع يدعي ثلثه فيأخذ كل واحد منهما لان في المال سعة ويبقى ثمانية يقسم
بين الثلاثة فلصاحب النصف خمسة وثلثان ولصاحب الثلث ثلاثة اسهم وثلثان
ولصاحب الربع سهمان وثلثان ومع الرد يقسم الثلث على هذه النسبة قال
دام ظله ط لو اوصى له بنصيب احد ولديه وللآخر بنصف الباقي واجازا فالفريضة
من خمسة لان للاول نصيبا يبقى مال الا نصيبا للثاني نصفه يبقى نصف مال الا نصف
نصيب يعدل نصيبين فاذا جبرت وقابلت يبقى نصف مال يعدل نصيبين ونصفا
فالمال يعدل خمسة للاول سهم يبقى اربعة للثاني نصفها ولكل ابن سهم ولو لم
يجيزا ابطلت الثانية وكان المال اثلاثا ولو اجاز احدهما احتمل ضرب ثلثه في خمسة
فللمجيز الخمس وللآخر الثلث يبقى سبعة للاول اربعة لانه مع الاجازة يأخذ ثلثه
ومع عدمها خمسه فاذا اجاز احدهما انتقص منه بالنسبة وللثاني ثلثه ويحتمل ان يكون
للاول مثل نصيب المجيز لانه اقل الورثة سهما فتصح من خمسة لان للثاني نصف نصف
المجيز وللاول مثل نصفه ايضا وللآخر نصيب كامل فالمال يعدل نصيبين ونصفا
فللمجيز واحد من خمسة وللاول من الموصي لهما واحد وللآخر اثنان ويضعف بان اخذه اكثر
من الثلث ويحتمل ان يثبت لعدد النقص بعد الوفاة فلم يكن مرادا للموصي فيكون للاول
سهمان ولغير المجيز ثمان وسهم للثاني والحق الاول لكن لكل من المجيز والاول
ثلثه ولغير المجيز خمسة وللثاني اربعة آ الاحتمال الاول مجموع اشيا
ان يكون للمجيز ما له حال اجازة الكل ولغير المجيز ما له حال رد الكل لان الاجازة

أنما يؤثر في نصيب المجيز لا في غيره اصلاً فبفرض موجودة في حق المجيز فينقص نصيبه معدومة في حق غيره فلا ينقص من نصيبه لولا هاتين ب ان ينقص الموصى له عن نصيب غير المجيز باجازة احدهما نصف ما لو منعا لزاد في نصيبه عما لو اجازا لان فعل كل واحد انما يؤثر فيما لولم يكن الوصية لكان له ولا يؤثر فيما يكون لغيره فرد كل واحد فعلة في حصول نصف الزيادة له لا غير وعدم العلة انما توجب عدم معلولها لا غير ج الموصى له الثاني مؤخر عن الاول والمنع في عدم الاجازة عليه خاصة وهو ظاهر لانه اوصى له بسهم الباقي بعد الاول وهو تصريح في تقديم الاول وتأخير الثاني د ان الموصى له الثاني انما يأخذ ما ينقص كل واحد والموصى له بالنصيب بالاجازة لا غير فيكون للمجيز بلية لانها حالة الاجازة الكل ولانه يأخذ حقه من مسئلة الاجازة منضرباً في مسئلة الرد وحسلة للاجازة خمسة والرد ثلثه وسهم المجيز من الخمسة واحد مضروب الواحد في ثلثه ثلثه ولغير المجيز خمسة انما نصيبه حال رد الكل ولانه يأخذ نصيبه من مسئلة الرد وهي ثلثه ونصيبه واحد مضروبا في مسئلة الاجازة وهي خمسة ومضروب الواحد في الخمسة خمسة وللموصى له الاول اربعة لان له مع عدم الاجازة خمسة فلاجازتهما ينقصه اثنين ولاجازة احدهما ينقصه واحداً للثاني والمصنف كأم ظاهره منع الثاني لان الزيادة التي حصلت له عنهما انما حصلت بمادة انه لكل منهما فالمؤثر فيها المجموع ولم يؤثر كل واحد في نقصها بانفراده بل مع الانضمام مع الاخر وبعدم المجموع يحصل تعدم اي جزء فرض وانه يخف مثل نصيب المجيز لعدم العلة الموجبة لعدم المعلول وايضا فلانه اقلهم بينهما والموصى له عثل النصيب مع التفاوت يعطى مثل الاقل ولانه ليس له مثل نصيب لزاد فلو لم يكن مثل نصيب المجيز لم يكن قد عمل بالوصية فلاجل ذلك منع المصنف الثاني وسلم الباقي والحق ما اختاره المصنف وهو الاحتمال الاول في ان الموصى له عثل النصيب له مثل ما للمجيز لانه اقل نصيبا ولغير المجيز الثلث وللثاني ما نقص من المجيز وهو الموصى له بالنصيب فقد اشترك الاحتمال الاول وما اختاره المصنف في ا و ب و ج و د وتمايزا في ب وبقوله والحق الاول اشار الى جهة اشتراكهما وبقوله لكن الى اخره اشار الى جهة مباينتهما وباقي وجوه الاحتمالات ذكرها المصنف وابطل الاحتمال الثاني

نقيضه ج (marginal note)

الثاني بان غير المجيز ما اخذ اكثر من الثلث وهو باطل لانه مع عدم الاجازة يأخذ الثلث والاجازة تنقص الوارث لا تزيد وجودها عن عدمها اجماعا قال دام ظله ولو اوصى له بنصيب احد اولاده وهم ثلثه ولاخر بثلث ما بقي من جميع المال فطريقه ان تعد جميع المال ثلثه ونصيبا مجهولا والنصيب المجهول للموصى له بالنصيب ويبقى للموصى له بالثلث بقي سهمان لا ينقسمان على ثلثه فنضرب ثلثه في ثلثه يصير تسعة ونصيبا مجهولا فالنصيب للموصى له بالنصيب بقي تسعة ثلثه للموصى له بالثلث ولكل ابن سهمان فظهر ان النصيب المجهول سهمان والمال من احد عشر سهمان للموصى له بالنصيب وثلثه للموصى له بالثلث ولكل ابن سهمان او نقول ندفع الى الموصى له الاول نصيبا بقي مال الا نصيبا ندفع ثلثه الى الثاني وهو ثلث مال الا ثلث نصيب بقي ثلثا مال الا ثلثي نصيب يعدل ثلثه انصباء وثلثي نصيب فاذا كملت المال بقي مال يعدل خمسة انصباء ونصفا فاذا بسطت من جنس الكسر بقي المال احد عشر والنصيب اثنين هذا مع اجازة الورثة ولو لم يجز الورثة فالفريضة من تسعة لكل ابن سهمان وللموصى له بالنصيب سهمان وللاخر سهم بينهم لانا ندفع الى الاول نصيبا والى الثاني تمام الثلث بقي ثلثا المال يعدل ثلثه انصباء فالثلث نصيب ونصف فالمال بعد البسط تسعة والنصيب سهمان ولو اجاز احدهم ضربت على الاحتمال الاول تسعة في احد عشر ثم ثلثه في المجتمع يصير مائتين وسبعة وتسعين للاول اثنان وستون وللثاني تسعة وثلثون وللمجيز اربعة وخمسون ولكل من الاخرين ستة وستون وعلى الثاني من احد عشر انما يحمل المال تسعة ونصيبا فيأخذ الثاني من نصيب المجيز سهما بقي اثنان فالنصيب اثنان وتضعف عما تقدم وعلى الثالث للاول تسعة من ستة وثلاثين وللثاني عشرة الثلث ثلثه ومن المجيز سهمان وله ستة ولكل من الاخرين ثمانية ويحتمل على ان يكون للاول اثنان وعشرون وعلى المختار للاول من الثلث ثمانية عشر وباقيه واربعة من المجيز للثاني وللمجيز ثمانية عشر ولكل من الباقين اثنان وعشرون اقول بني المصنف هذه المسئلة على المسئلة السابقة واحتمالاتها وهي انه اذا اوصى له بنصيب احد ولديه ولاخر بنصف الباقي واجاز احدهما والاحتمال الاول ضابطه ان ينظر ما للموصى له بالنصيب حالة الرد وما ينقصه اجازة الكل فينقص منه بنسبة اجازة المجيز وانما ضرب تسعة في احد

[illegible]

عشر لان التسعة مسألة الرد والاحد عشر مسألة الاجازة والفاعل الكلية
في اجازة البعض كذلك وانما ضرب ثلثة في المجتمع لان اجازة الواحد تنقص صاحب
النصف ثلث ما ينقصه اجازة الكل وله هنا حال رد الكل من تسعة وتسعين
اثنان وعشرون لان له سهمين من تسعة مضروبة في احد عشر وله باجازة الكل
سهمان من احد عشر مضروبة في تسعة يكون ثمانية عشر فالتفاوت بينهما
اربعة تنقص باجازة الكل فتنقص باجازة واحد ثلثها فنكسر فنضرب ثلثة
في تسعة وتسعين تبلغ مائتين وسبعة وتسعين للموصى له بالنصف اثنان وستون
لان له باجازة الكل اربعة وخمسين مضروب ثلثة في ثمانية عشر وله برد الكل
ستة وستون مضروب ثلثة في اثنين وعشرين فلاجازة الكل تنقصه اثني عشر فلاجازة
الواحد تنقصه ثلثها اربعة وللثاني تسعة واربعون لان لكل واحد من الرادين ما
ستة وستين هي ثلثا الثلثين وللمجيز اربعة وخمسون تنقص منه اثنا عشر يزيد
على الثلث وهو تسعة وتسعون تبلغ مائة واحد عشر منها للمجيز اثنان وستون
كما ذكرنا بقي تسعة واربعون للثاني ولان للثاني حال رد الكل سهما
من تسعة وتسعين وهو احد عشر مضروبة في ثلثة تبلغ ثلثة وثلثين وله
حال اجازة الكل ثلثة من احد عشر من تسعة وتسعين وهو سبعة وعشرون
مضروبة في ثلثة تبلغ احدا وثمانين فقد زادته اجازة الكل ثمانية واربعين ولاجازة
الواحد تزيد ثلثها وهو ستة عشر نضمها الى ثلثة وثلثين الحاصلة برد الكل
تبلغ تسعة واربعين وهو المطلوب فظهر من ذلك انا اعطينا المجيز
نصيبه من مسألة الاجازة مضروبا في مسألة الرد واعطينا الراد نصيبه من
مسألة الرد مضروبا في مسألة الاجازة وهذا الاحتمال مبني على ان ما للاجازة في
نقصان النصيب الموصى به سنة نصيب المجيز وعلى الاحتمال الباقي وهو ان
يكون لصاحب النصيب مثل نصيب المجيز بعد الوصايا كلها فتحلها الى دور
فنفرض التركة نصيبا مجهولا وتسعة اسهم لان الباقي بعد النصيب للاولاد
اثلاثا وثلث نصيب المجيز للموصى له الباقي ونخرج ثلث الثلث تسعة للموصى
له بالنصيب النصيب المجهول ولكل ان ثلثة ولكل من نصيب المجيز للباقي
بقي للمجيز سهمان فعرفنا ان النصيب المجهول سهمان فالمال كله احد عشر
وهذا الاحتمال ضعيف لمنافاة الوصيتين على الثلث فيرد الكل الى
الثلث

الثلث واجازة احد الورثة من بعدهما على الثلث لا ينقصهما عنه وهنا قد حصل
لهما بالثلثين احد عشر وهي اقل من الثلث بثلثي سهم وللورثة ثمانية وهي اكثر
من الثلثين بثلثي سهم فقد زادتهم اجازة بعضهم عن الثلثين وهذا باطل
والى هذا الوجه اشار بقوله وتضعيف ما تقدم وهذا الاحتمال مبني على
ما مر للاجازة وان تقوم اجازة كل واحد بانفراده مقام اجازة الكل وعلى
الاحتمال الثالث وهو ان يكون للموصى له مثل النصيب عن المجيز يحتمل وجهين
٢ ان يكون له مثل النصيب مع عدم الوصية وهو ثلث مزاد على الكل ا فيكون
ربعا لانه جعله مساويا لواحد من اولاده في النصيب والمساواة تقتضي
ان لا ينقص عن ربع التركة اذا كانوا ثلثة الا ما ينقص الولد وانما ينقص الولد
حق لازم على الميت كدين مثلا او يلزم الوارث يعني انه لا يجوز له ابطاله
بسبب صدر من الميت كوصية يخرج كلها او بعضها من الثلث او منجز متبرع به
عندنا كذلك وانما عنده من يخير منجزا التبرعات من الاصل فانه يخرج من موضعه
عن التركة والبحث هنا انما هو في التركة واما ما يقدر عن الوارث باختياره
بعد الوفاة اذ لا اعتبار برده ولا اجازته ولا تصرفه قبلها وما نقص بالثالث
لا يؤثر في نقصان النصيب لانه تجدد بعد الوفاة من فعل الوارث واختياره
فلا يكون مرادا للموصي كما ذكرنا فالحاصل بسبب النقصان اللازم للوارث في الاولين
والاول منتف فبقي الثاني ولا وصية الا له وللثاني ووصيته لا تنقصه عن
النصيب لانها انما تنقصه العول وللثانية لا تنقص النصيب الموصى به لان وصية
النصيب مقدمة عليها ومعنى التقدم ان المقدمة تنفذ بالتمام والنقص الحاصل
تختص بالمتأخرة فلا يعارضها المتأخرة بالنصيب الربع فيخرج الثلث للوصايا
للاول منه ربع التركة والباقي للموصى له بالباقي فاصل الفريضة اثنا عشر لان
لها ربعا وثلثا للموصى له بالنصيب الربع وهو ثلثة وللباقي تمام الثلث وهو واحد
بقي ثمانية تنقسم بين الاولاد الثلثة تنكسر فنضرب ثلثة في اثني عشر تبلغ ستة
وثلثين الثلث اثنا عشر للاول منه تسعة وللباقي ثلثة تمام الثلث يبقى
اربعة وعشرون لكل ان ثلثها ثمانية وللباقي ايضا من نصيب المجيز سهمان
لانه اوصى له بثلث الباقي بعد الوصية الاولى فاذا اخرجنا سبعة وصية

الاول من ستة وثلثين يبقى سبعة وعشرون للثاني ثلثها وهو تسعة احد منها من
الثلث ثلثه يبقى له ستة في يد كل ابن اثنان فينفذ اجازة المجيز فيها لانها في يده
ولانه لو اجاز الكل لكان له تسعة ولكل ابن ستة فلما اجاز واحد نفذت
اجازته في سهمين فللثاني خمسة وللمجيز ستة ولكل من الولدين الاخرين ثمانية
وهذا عندي ضعيف لان الحاصل من الاجازة انما هو من فعل الموصي لانه
قصد انفاذ الوصيتين معا على التمام والشرع حجر عليه بمعنى توقف لزوم
فعله على اجازتهم لحقهم فلما اجازتهم نفذ لتصرفه فهو مراد للموصي وهذا الاحتمال
مبني على تاثير الاجازة وعدم تاثير ما ينقصه الثلث بالوصية الثانية ب
ان يكون له مثل نصيب غير المجيز بعد الثلث لان نقص المجيز باخراج الثلث
في الوصايا بغير اختياره بل هو لازم له وهو من فعل الموصي والزام الشارع فلا
تاثير للمجيز وانما تاثيره فيما زاد على الثلث فنقول نضرب مسئلة الاجازة في
الرد تبلغ سبعة وتسعين فللاول سهمان من تسعة هي مسئلة الرد مضروبين
في احد عشر مسئلة الاجازة فله اثنان وعشرون وكذا لكل واحد من
الاولاد يبقى خمسة عشر للثاني فقد اخذ الموصى له الاول مثل نصيب غير المجيز
من الثلثين هنا واخذ للثاني تمام الثلث احد عشر ومن نصيب المجيز اربعة
وذلك خمسة عشر وهذا الاحتمال مبني على عدم تاثير الاجازة وثبوت تاثير نقصان
الثلث وعلى الاحتمال الرابع وهو المختار عند المصنف يخرج الثلث للوصايا
للاول منه مثل نصيب المجيز لانه اقل انصباء الورثة وهو مضروب سهمين
من احد عشر في تسعة تبلغ ثمانية عشر يبقى من الثلث خمسة عشر للثاني الثلث
لان الثلث للوصيتين وقد اخذ الاول حقه منه فالباقي للثاني وللثاني
انما نقص من نصيب المجيز باجازته وهو اربعة فيكمل له تسعة عشر
وهذا الاحتمال مبني على تاثير اجازة الواحد كتاثير اجازة الكل واحتمال
الثاني بما نقص من نصيب الاول باجازة الكل قال رحمه الله ولو
قال ان لم تجز الورثة فلا تقدم لاحدهما فالوجه عندي الجواز ويحصل
العول ويقسم على نسبة الاجازة فيجعل المال ثلثة اسهم الثلث للموصى
لهما لا ينقسم على خمسة وسهمان للورثة لا ينقسم على ثلثه فتضرب ثلثه
في

في خمسة ثم ثلثه في المجتمع تصير خمسة واربعين ستة للموصى له بالنصف وتسعة
للاخر والباقي للاولاد لكل ابن عشرة اقول وجه الجواز اصالة الصحة
ولانها وصية صدرت من بالغ عاقل بامر ممكن لا يخالف الكتاب والسنة
فيجب العمل بها عند تجاوز الثلث لقوله تعالى فمن بدله الآية وقيل لا يجوز
لان قوله ثلث ما يبقى بعد النصب نص على التقديم فاذا قال لا تقدم كان
تناقضا وليس بجيد لاختلاف الشرط والاصح الاول فيقسم الثلث على قدر
ما لهما حال الاجازة وهو خمسة ولان الثلث مع عدم الاجازة هو مجموع
الوصيتين لانه قدر المال الذي يتصرف فيه الميت شرعا فكانه كل ماله
المطلق له للاول سهمان وللثاني ثلثه فننظر ما لا ثلثه ينقسم على خمسة وثلثاه
على ثلثه فنضرب ثلثه في خمسة تبلغ خمسة عشر ونضرب ذلك في ثلثه تبلغ خمسة واربعين
الثلث للوصايا على خمسة للاول سهمان هي ستة وللثاني ثلثه هي تسعة والباقي
للاولاد لكل واحد عشرة ويرد عليه ان الموصى له بمثل النصيب لم يحصل
له مثل نصيب الولد الاصلي والحاصل بل مثله على تقدير لم يحصل وهو تقدير الاجازة
وهذا من متمسكات القائلين بالبطلان وفيه نظر لانه لا يلزم من عدم حصول
ما اوصى له تماما بطلان الوصية لعارض قال رحمه الله ح ولو اوصت
لاجنبي بمثل نصيب ابنها الا عشر المال ولاخر بمثل نصيب بنتها الا عشر المال ولثالث
تمام الثلث ولا وارث سواهما مع زوج الفريضة اربعة تعول على المال
فهو ستة ثم نضرب وفق مخرج الثمن فيها تبلغ اربعة وعشرين ثم نضرب وفق
العشرة وهو خمسة تبلغ مائة وعشرين للابن منها اربعون وللزوج عشرون
وكذا للبنت وللموصى له الاول اربعون فيرجع منها خمسة عشر وللثاني عشرون
ويسترجع منها اثنى عشر يبقى من الثلث ستة فهي للثالث ويحتمل ان يكون للثاني
ثلثه وللثالث اثنا عشر لانه استثنى من وصيته عشر المال وهو اثنا عشر
والذي بقي من الثلث بعد الاول خمسة عشر فلم يبق مثل نصيب البنت بل اقل
فيخرج المستثنى من الباقي والاول اقوى اقول وجه القوة ان الموصى
جعل للثاني مثل نصيب البنت الا عشر المال وعشره اثنا عشر ونصيب البنت
عشرون فاذا دفعنا اليها ثمانية علمنا بقول الموصى لانا اعطيناه مثل العشرين
الا عشر المال انا اذا اعطيناه ثلثه

فقد خالفنا الوصية وبدّلناها وهو غير جائز لقوله تعالى فمن بدّله بعد ما
سمعه فإنما إثمه على الذين يبدّلونه **الفصل الثالث** في تصرفات المريض
وهي قسمان منجّزة ومعلّقة بالموت **قال** رحمه الله أما المعلّقة
للمريض فإن كانت تبرعًا فالأقرب انها من الثلث إن مات في مرضه وإن برئ
لزمت إجماعًا **أقول** اختلف الفقهاء في تصرفات المريض المنجزة المتبرع بها
أعني بلا عوض عند التولد فقال بعضهم إنها من الثلث كالمعلقة بالموت وهو
اختياره والدي المصنف والشيخ في المبسوط والصدوق وابن الجنيد ومفهوم قول
الشيخ في الخلاف وقال المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية وابن البراج وابن
إدريس إنها من الأصل كالأول وهو الأصح عندي لوجوه **آ** ما رواه علي بن يقطين
في الصحيح قال سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته قال الثلث
والثلث كثير وما في المحاذاة والاستفهام للعموم على ما قرر في الأصول دلّ
ذلك على الثلث ليس له ويكون تصرفًا في غير ملكه فلا ينفع **لا يقال** هذا
مجاز الحقيقة للإجماع على أنه ملكه فلا بد من المجاز وزيادة الإضمار
على خلاف الأصل لأنا نقول أقرب المجازات القدرة على التصرف والتمكن
منه فيحمل عليه **ب** ما رواه شعيب بن يعقوب في الصحيح قال سألت أبا
عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت ماله من ماله فقال له ثلث ماله وللمرأة أيضًا وجه
الاستدلال أن السؤال وقع عن الملك الذي يجوز له فيه سائر التصرفات و
التبرعات إن أطلق الملك لأنه يبقى بالإجماع والجواب التصرف في الواجب يعني
في التبرع وهو يعم الوصايا وغيرها **ج** لو كانت من الأصل لتقدم العتق المتبرع
به على الدين والتالي باطل فالمقدم مثله بيان الملازمة أن المرض لا يبطل الملائمة
حينئذ فيبقى حكم الصحة لأصالة البقاء وأما بطلان التالي فلما رواه زرارة
في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال إذا ترك الدين ومثله أعتق المملوك واستسعى
د كلما اعتبر في العتق المتبرع به المنجز الثلث اعتبر في كل منجز متبرع
به الثلث لكن المقدم حق فالتالي مثله أما الملازمة فلأن العتق
مبني على التغليب وهو أولى بنفوذه من الهبة لأنه ينفذ في نصيب الشريك ولعدم
فرق الأمة بينهما وللنص على عدم الفرق ولأن كلما قال باعتبار الثلث
في غير العتق قال باعتباره في العتق وكلما قال بعدم اعتباره
في

في أحدهما قال باعتباره في الآخر وأما حقيقة المقدم فلما رواه الحسن
بن الجهم قال سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول في رجل أعتق مملوكًا وقد حضره
الموت وأشهد له بذلك وقيمته ستمائة درهم وعليه دين ثلاثمائة درهم ولم يترك شيئًا
غيره قال يعتق منه سدسه لأنه إنما له منه ثلاثمائة وله السدس من الجميع وروى
الجمهور عن عمران بن حصين أن رجلًا من الأنصار أعتق ستة أعبد له في
مرضه لا مال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وآله فجزّأهم
ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة **احتج** القائلون بالثاني
بأنه مالك والأصل جواز تصرف المالك في ملكه لعموم قوله عليه السلام الناس
مسلطون على أموالهم **والجواب** أن العام يخص بالخاص **خاتمة** المنجز
المتبرع بها تشارك الوصايا في خروجها من الثلث عندنا وتأخرها عن الديون
وتزاحم الوصايا قيل وبالعكس وقيل لا ويفترق فعلها عنها حال الصحة إجماعًا ونفاذها
بلزومها للوصي كالصحة ودوامه بقبولها ونبطل بالموت قبله إجماعًا واجتماع شرائط
تأثيرها حالها وتأثيرها حال حيوة الموصي **قال** رحمه الله أما المنجزة فهنا مباحث **الأول**
في بيان مرض الموت الأقرب عندي أن كل تصرف وقع في مرض اتفق معه الموت سواء
كان مخوفًا أو لا فإنه يخرج من الثلث إن كان تبرعًا والا فمن الأصل وقيل إن كان مخوفًا
فكذلك والا فمن الأصل كالصحيح **أقول** لما بيّن المصنف أن علة اعتبار
الثلث في المنجزات المتبرع بها المرض اختلف الأصحاب فيه **فقال** قوم العلة
هو المرض مطلقًا وهو اختيار المصنف وقيل بشرط كونه مخوفًا واختاره في المبسوط
قال وأما ما ليس بمخوف كوجع الضرس وأشباهه فإن التصرفات الصادرة
من المتصف بها تخرج من أصل التركة لجريانه مجرى الصحيح والأصح عندي
الأول لعموم الأخبار كقوله عليه السلام المريض محجور عليه إلا في ثلث ماله
والوصف هنا سبب إجماعًا فإما أن يكون هو الخاص أو العام والأول محال
وإلا لكان قد جعل غير السبب مكانه وهو محال **احتج** الشيخ على قوله في
المبسوط بأن رواية علي بن يقطين المتقدمة تقتضي ترجيح الموت لقوله ما
للرجل من ماله عند موته وذلك لا يكون إلا بأمارات الموت سواء كان المرض
مخوفًا أو لا فالموت هو الكاشف هذا مقتضى الرواية سلمنا لكن في بعض أفراده
العام بحكم لا يقتضي تخصيص عام كما بيّن في الأصول ودلالة المفهوم المخالفة

التبرع صعيف جداً **البحث الثالث** في حقيقة التبرع وهو ان ازال الملك نفسه او منفعته
اختياراً لا بعوض ولا وجوب وعرفه المصنف بانه ازالة الملك عن عين مملوكة
يجري للوارث فيها من غير لزوم ولا اخذ عوض يماثلها **قال** دام ظله اما
لو باع بدون ثمن المثل او اشترى باكثر منه او وقف او تصدق فانه يخرج من
الثلث على الاقوى والاقرار مع التهمة من الثلث ولا معها من الاصل **اقول**
هنا مسائل **آ** محاباة المريض وهي ان يعاوض باقل من قيمة ما دفعه هو وهذا
حكمه حكم التبرعات في الزيادة والوقف والصدقة تبرع بالاصل لانه تمليك
عوض دنيوي وقد مضى البحث في هذه المسئلة **ب** محاباة للاقرار قال الشيخ
رحمه الله في النهاية يمضي من الاصل مع عدالة المقر وانتفاء التهمة في اقراره ومن الثلث ان
كان متهما سواء الاجنبي والوارث وتبعه ابن البراج ورواه ابن بابويه في كتاب من لا يحضره
الفقيه واطلق في المقنع انه يمضي في حق الوارث من الثلث ولم يقيد بالتهمة وذهب
المفيد الى انه يمضي من الاصل ان كان دينا وان كان عينا فان كان هناك دين محيط
بالتركة وكان متهما لم يقبل اقراره وان كان عدلا مأمونا قبل وامضاه سلار وابن
ادريس من الاصل مطلقا فان حجته جعل اقراره للوارث مع التهمة وعدم البينة بصحته
ما اقر به كالوصية وغيره من الثلث الاصل والحق ما اختاره المصنف من كونه من الاصل
مع عدم التهمة ومن الثلث معها لرواية منصور بن حازم الصحيحة قال سألت ابا عبد الله
عليه السلم عن رجل اوصى لبعض ورثته بان له عليه دينا فقال ان كان الميت مرضيا فا
عطه الذي اوصى له وفي الصحيح عن العلا بياع السابري قال سألت ابا عبد الله
عليه السلم عن امراة استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له ان المال
الذي دفعته اليك لفلانة وماتت المراة فاتى اولياؤها الرجل وقالوا له انه
كان لصاحبتنا مال لا نراه الا عندك فاحلف لنا ما قبلك شيء افيحلف لهم فقال
ان كانت مأمونة عنده فليحلف وان كانت متهمة فلا يحلف ويضع الامر على ما
كان فانما لها من مالها ثلثه احتج ابن ادريس بالاجماع على ان اقرار العقلاء
على انفسهم جائز وبقوله تعالى ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين والشهادة
على النفس هو الاقرار وهو عام في جميع الاحتمالات **والجواب** المنع من
انعقاد الاجماع على صورة النزاع فان الخلاف قائم سلمنا لكن الجواز لا ينافي
القبول من الثلث مع التهمة ومنع العموم في الاحوال **قال** دام ظله
ولو

ولو نذر الصدقة في مرض الموت فالاقرب انه من الثلث **اقول** وجه القرب
عموم قوله عليه السلم المريض محجور عليه الا في ثلث ماله ولانه لم يجب عليه باصل
الشرع فكان تبرعا ويحتمل يمضي من الاصل لعموم الامر بالوفاء بالنذر ولانه
واجب والواجبات تمضي من الاصل ولان علة الخروج من الثلث الايجاب
وقد زال بالنذر وفيه نظر لانه مصادرة على المطلوب ولانه لو صح ذلك
لكان للرجل عند موته اكثر من الثلث والتالي باطل لما تقدم من قول النبي
عليه السلم الثلث في رواية ابن يقطين وهو عام لانه قد ثبت في الاصول ان
اي ما في الاستفهام يقتضي عموم جوابها فلزم ان كل ما لم ينحصر في الثلث
فكلما الثلث منه ليس ماله فلم ينفع تصرفه في ماله ولانه محجور عليه **قال** دام
ظله ولو نكحت المريضة نفسها فالاقرب الصحة وعدم اشتراط الدخول
اقول وجه القرب عموم قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم وعموم قوله جل وعز
اوفوا بالعقود ولان النص انما جاء في الذكر ولانه اكتساب لوجوب المهر والنفقة
لها والنكاح لا يوجب عليها ما اوجب على الذكر لانه يثبت عليه مالا ويحتمل تساويهما
في الحكم لتساويهما في علته وهي مزاحمة الوارث في الميراث والاصح الاول بل الاقوى
هنا الاحتمال عندي **قال** دام ظله فان كان بدون مهر المثل فالاقرب
النفوذ **اقول** لانه ليس تفويتا لشيء من المال بل هو اكتساب بعوض غير مالي
ويحتمل اعتبار المحاباة وهي زيادة مهر المثل عن المسمى من الثلث لان تمليك البضع
يقتضي ملك عوض هو مهر المثل فاذا نقص كان كالابراء ولان حق الوارث
لا يمكن تعلقه بالعوض ولا يتعلق بالعوض لانه تابع ولانه لا يعتبر اجازته له
لانه لا حق له فيه ولانه دخل تحت الحجر فلا يعد بالعوض بثلثه **قال** دام ظله
والاقرب انتفاء الارث مع الخلع والمباراة وسؤالها الطلاق وكونها كافرة
او امة وقت الطلاق فاسلمت او اعتقت في الحول لانتفاء العلة الرجعية
اقول وجه القرب سؤالها فانتفت التهمة وقد رضيت بكونها اجنبية ويحتمل
الارث لعموم النص والاصح الاول واعلم ان ما اختاره هنا هو اختيار الشيخ
في الاستبصار فانه قال انما ترثه بعد العدة اذا قصد الاضرار بها لما رواه
زرعة عن سماعة قال سألته عليه السلم عن رجل طلق امراته وهو مريض

قال ترثه ما دامت في عدتها فان طلقها في حال اضرار فهي ترثه الى سنة الحديث
ونقل عن محمد بن القسم الهاشمي قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول لا ترث المختلعة
والمباراة والمستامرة في طلاقها من الزوج شيئا اذا كان منهن في
مرض الزوج الحديث وقال في المبسوط والخلاف لو انتفت التهمة كما لو سالته
الطلاق فلا ميراث فقال بعضهم لا ترثه لانه لا يتهم في طلاقها وقال بعضهم ترثه وهو
الصحيح عندنا للعموم للاخبار واختار هذا الترجيح ابن ادريس قال
دام ظله ولو اعتق الشقصين دفعة وكان الباقي من كل منهما بازاء
الشقص من الاخر واتسع الثلث للشقصين فالاقرب عتق الشقصين خاصة
اقول لان السراية انما تتحقق مع اليسار واتساع الثلث وليس ويحتمل القرعة
لانه بمنزلة عتق العبدين لا بازائه في كل منهما بالاخر والاصح الاول قال
دام ظله ولو استقل بالشرا فالاقرب انه كذلك اقول لان الشرا بثمن المثل لا
يشتمل على تبرع والعتق فهو لا يعتبر فيه الثلث ويحتمل اعتباره من الثلث لان
الشرا بمنزلة اعتاق العبد لانه علة فيه فاختياره للشرا هو تبرعه بالعتق ببذل
عوض في مقابلته وللمصنف قول اخر في هذا الكتاب في المطلب الثاني في احكام
المغنونة وهو انه يعتق من الثلث على الاقوى وهذا الذي ذكره هنا هو
الذي استقر عليه رايه والاصح عندي ما اختاره هنا قال دام ظله
ولو باع الصحيح بخيار فمات مورثه المريض قبل انقضائه اعتبرت اجازته من الثلث
على اشكال اقول تقرير المسألة انه اذا باع الصحيح الجائز التصرف ماله
بدون ثمن المثل وشرط لنفسه الخيار مدة معلومة ثم مات قبل انقضائه فورثه
مريض واجاز البيع في مرض الموت هل يمضي الاجازة من الثلث او من الاصل قال
المصنف فيه اشكال ينشأ من ان المشتري هل يملك قبل لزوم البيع في زمن
الخيار او لا فعلى الثاني يكون في مدة الخيار تركة في حكم مال الميت فيعتبر
اجازته من الثلث وعلى الاول يحتمل نفوذها من الاصل لانه لم يخرج مالا بل
رضي ببيع صادر من صحيح البدن غير محجور وهذا اقوى عندي ويحتمل
ضعيفا اعتباره من الثلث لان خروجه عن المورث غير مستقر وانما استقر
نقل الملك باجازة الوارث فاجازته سبب في التمليك المستقر فصار
كما لو ملك بيعه وفيه نظر لانه يكفي فيه الترك اي ترك الفسخ حتى ينقضي الخيار

الخيار فيلزم وكما يكفي فيه الترك لا يكون من فعله فلا يعتبر فيه الثلث وهذا
بخلاف ما باعه الصحيح بغبن عليه جاهلا بالقيمة فورثه المريض واجاز
فان اجازته سبب لنقل الملك لا غيرها وفورية الفسخ بخيار الغبن على القول
بفوريته انما هو في صحيح البدن المتصرف في ملكه شرعا اما المريض فمع
زيادة الغبن على الثلث لا يكون خياره على الفور بالنسبة الى الوارث
اجماعا ولهذه الدقيقة قيد المصنف بقوله بخيار اما لو باع الصحيح بخيار
ثم زادت القيمة السوقية زيادة كثيرة فورثه المريض واجاز البيع فانه
هنا لا يعتبر الثلث قطعا لان فسخه اكتساب واجازته عدم الاكتساب وملك
الزيادة هنا لم يملكه الاصل لا يتوقف على زائد على سبب تملكه ولهذه الدقيقة
قيدنا البيع بما قل من ثمن المثل قال دام ظله ولو اشترى ابني عم بالف لا
يملك سواهما ثم اعتق احدهما ووهبه الاخر وخلفهما مع مولاه ولا وارث
له سواه عتق ثلثا المعتق لانه يعتبر المولى ثم يرث ثلثيه ثلثي تتمة التركة
فيعتق منه تمام اثنا عشر ويبقى تسعه وثلث اخيه للمولى ويحتمل عتق جميعه
ويرث اخاه لانه باعتاق تصرف وانما لبعض التركة فينفذ اجازته في
عتق باقيه فيكمل له الحرية ثم يكمل له الميراث اقول وجه الاول انه لا شك
في اعتبار العتق من الثلث لانه تبرع فيعتق ثلثاه لانه ثلث التركة فيرث ثلثي الترك
على ما بقي فالتركة ثلثه وكل اخيه فيكون له تسعاه وثلثا اخيه فيبقى للمولى
تسعه وثلث اخيه والحق الثاني ووجهه ما ذكره المصنف قال دام ظله
ولو اعتق المستوعب او وهبه ثم مات المعتق او الموهوب قبله احتمل البطلان
في الجميع والصحة فيه اقول وجه الاول انه لا ينفذ التبرع في جزء ما
حتى يملك الورثة ضعفه وليس ووجه الثاني ان التبرع لم يتلف شيئا على
الورثة ولا فرق بين وجوده وعدمه بالنسبة اليهم فيصح ولان التصرف
لا يقع باطلا في نفسه بل يبطل برد الورثة له بعد الموت وما زاد على الثلث
وهما غير متحققين هنا اذ لا يتحقق ان الان حال وهذا ليس بمال ولا يتحقق
المالية فيه بوجه واذا لحق المعتق وانتفى المبطل صح والفائدة تظهر في
قضاء الصلوة مع تمكنه من الاتيان بها بعد العتق اذا اجلت ولياد الجنازة

خطأ ووصية الغير له بشيء او هبته انما اذا كان له كسب بعد العتاق كان
عبر لو الموجود فان كان ضعف قيمته وللوارث له الا السيد فقد مات حرا
بلا خلاف بين المسلمين اما على القول بانه يموت حرا اذا لم يخلف شيئا فهنا
اولى وان قلنا يموت رقا هناك فيبنيه ان السيد لم يخلف شيئا وهنا قد خلف
شيئا لان [illegible] للسيد على كل تقدير يحصل للورثة ضعف قيمة العبد قطعا
وان كان الكسب مثل قيمته فان قلنا لو لم يخلف شيئا مات حرا فهنا اولى وان
قلنا مات رقيقا فهنا الاقوى لان المولى خلف شيئا فيحتمل هنا ان لا يعتق الا الثلث
لانه ان اعتق لم يتوفر على الورثة شيء وان لم يعتق لم ينتقص والموجود خير من
المعدوم فيصح ويحتمل اعتباره فنقول صح العتق في نصفه وللمولى بكل الكسب النصف
بتبعية الملك الباقي له منه بعد العتق والنصف الاخر يحق للوارث فيحصل للوارث
ضعف ما العتق ويصح العتق باقي تشعب هذه المسئلة وفروعها تركناه مخافة
التطويل قال دام ظله ولو اعتق بمرضه امة ثم اقر بدين فان كان متهما نفذ العتق
اولا وان لم يكن متهما فالاقرب تقديم الدين اقول وجه القرب ان المنع
متاخر عن الدين فاقراره طريق شرعي كالبينة لعدم التهمة فيه ويحتمل عدمه
لانه اقرار في حق العبد فلا يقبل والاصح الاول قال دام ظله ولو باع بمحاباة
فان اجاز الورثة لزم البيع وان لم يجيزوا فاختار المشتري الفسخ فله لتبعض
الصفقة فان اختار الامضاء قال علماؤنا يصح فيما قابل الثمن الاصل والمحاباة
من الثلث والحق عندي مقابلة اجزاء الثمن باجزاء المبيع كما في الربوي ولان
فسخ البيع في البعض يقتضي فسخه في قدره من الثمن وكما لا يصح فسخ البيع في
الجميع مع بقاء بعض الثمن كذا لا يصح في البعض مع بقاء جميع الثمن اقول
الاول قول الشيخ الطوسي وكثير من علمائنا انما صحته في مساوي الثمن
فلان المقتضي موجود فيه والمانع وهو التبرع منتف واما اعتبار الثلث في الزائد
فلانه هبة في الحقيقة والحق اختيار المصنف لانه في مقابله بعض المبيع لقسط
من الثمن عند تعذر اخذ جميعه بجميع الثمن كما لو اشترى عبدين بثمن واحد
وانفسخ العقد في احدهما وقول علمائنا يستلزم اخذ بعض المبيع بجميع الثمن
وهو مخالف للكتاب فاشبه ما لو قال بعتك هذا بالف فقال قبلت نصفه
بها قال دام ظله فان اختار الفسخ احتمل الفسخ هل ماهل للامرين وقيل
بالارش

بالارش اقول فمعنى ان العبد الجاني خطأ اذا طلب مولاه افتكاكه هل
يفكه بالارش او باقل الامرين فلا حاجة الى ذكره هنا الفصل الرابع
في الوصية بالولاية قال دام ظله والاصح في تزويج الاصاغر لعدم الغبطة
على اشكال اقول ويحتمل الصحة مع وجود الغبطة في التعجيل في
فواتها بالانتظار كوجود كفو لا يوجد بعد ذلك عادة لانه على هذا التقدير
يناسب شرعية الوصية بذلك والاول هو المشهور من قول الاصحاب وهو الاصح
لاستغناء الغاية من النكاح فتنتفي صحته ولان الولاية خلاف الاصل فيقتصر
على محل النص وسيأتي هذه المسئلة في باب النكاح مستوفاة ان شاء الله تعالى
الثاني التبعية قال دام ظله ولو قال اوصيت اليك ولم يقل بالتصرف في
مال الاطفال احتمل الاقتصار على مجرد الحفظ والتصرف اقول وجه الاول
انه المتيقن وهو حفظ المال لاحتياج الكل عليه والاصل عدم غيره ووجه الثاني
العرف فانه يقتضي قيامه وليس المراد الاعتماد على قوله اوصيت اليك خاصة
لانه لا خلاف في انه لو قال المراد الاعتماد على قوله اوصيت اليك في امور
اطفالي ولم يتعرض للتصرف فالاصح الاول الثالث الموصي قال دام ظله
اما الوصي فليس له الايصاء الا ان ياذن له الموصي على راي اقول هذا
اختيار الشيخ المفيد وابي الصلاح وابن ادريس خلافا للشيخ في النهاية والخلاف
وابن الجنيد وابن البراج لنا ان الاصل سقوط ولايته بعد موته وعدم جواز تسلطه
الغير على الاطفال ولان استنابته حيا اقوى من استنابته ميتا فلما لم يصح منه
ابدال نفسه بغيره بعد الوفاة احتج المخالف برواية محمد بن الحسن الصفار
الصحيحة انه كتب الى ابي محمد الحسن بن علي عليه السلام رجل كان وصي رجل فمات واوصى
الى رجل هل يلزم الوصي وصية الرجل الذي كان هذا وصيه فكتب عليه السلام يلزمه
بحقه ان كان له قبله حق ان شاء الله تعالى والظاهر ان مراده بالحق هنا حق
الايمان ولان الوصي قد ملكه الموصي بالوصية مثل ما ملكه الحي من النظر
فلما جاز للحي ان يوصي جاز للوصي والجواب حمل الرواية على ما اذا اذن له الموصي
بذلك وهو الاصح ولهذا قال عليه السلام اذا كان قبله حق وهو اولى من حمل
الحق حق الايمان ومساواته الملك ممنوعة قال دام ظله فان لم يكن حاكم

جاز ان تتولاه من المؤمنين من يوثق به على اشكال **اقول** منشأه من انه من باب الامر
بالمعروف والنهي عن المنكر وهذا اعظم فروض الكفايات ومن انها الحكم
الشرعي والاصح الاول لحكمه حكم الوصي اذن **تنبيه** المراد بالحاكم هنا
السلطان العادل الاصلي ونائبه فان تعذر فالفقيه الجامع لشرائط الفتوى
فقولهم فان لم يكن حاكم المراد به فقدها ولا الثلثة وهو اختيار والدي المصنف
وابن ادريس وقال الشيخ الطوسي رحمه الله في النهاية اذا مات الانسان من غير
وصية كان على الناظر في امور المسلمين ان يقيم لهم ناظرا ينظر في مصلحة الورثة ويبيع
ويشتري ويكون ذلك جائزا وان لم يكن السلطان الذي يتولى ذلك او يأمر به جاز
لبعض المؤمنين ان ينظر في ذلك من قبل نفسه ويستعمل فيه الامانة ويؤديها من
غير اضرار بالورثة ويكون ما فعله ماضيا وتبعه ابن البراج ويظهر من كلامه
هنا ان المراد به الاول واحتج الشيخ برواية سماعة قال سألت ابا عبد الله
عليه السلم عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدم
ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث قال ان قام رجل ثقة
قاسمهم ذلك كله فلا بأس علق على قيام الرجل الثقة ولم يشترط الفقه فلو شرط
لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة والجواب اشتراط الفقه معلوم بنصوص
اخر وللاجماع في الحاكم فان احتج بكونه معلوما بالضرورة من الدين قلنا فالفقه
كذلك **قال** دام ظله ولا يجوز له نصب وصي على ولده الصغار او المجنون مع
الجد للاب بل الولاية للجد وفي بطلانها مطلقا اشكال **اقول** في هذه المسئلة
اقوال ثلثة **ا** قال الشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط ببطلانها مطلقا
لان ولاية الاب انقطعت بموته مع وجود الجد ولثبوت ولاية الجد مساوية
لولاية الاب او اقوى ولا وصي مع الاب مطلقا فكذا مع الجد ونحوه ابن
ادريس **ب** عدم العمل بها في زمان وجود الجد جاز التصرف ولعلها بعد الجد
او خروجه عن جواز التصرف لتناولها سائر الازمان ووجود مانع في زمان
لا يقتضي بطلانها في الجميع وهو قول بعضهم **ج** ذهب الشيخ في المبسوط الى
صحتها حال وجود الجد في الثلث لان له اخراجه عن ملك الوارث فان له
الولاية اولى والاصح عندي الاول **قال** دام ظله وهل تنفذ البالغ
من

من التصرف على ما لا بد له منه نظر **اقول** اذا اوصى الى اثنين احدهما صغير
والآخر بالغ صح وانفرد البالغ بالتصرف فيما لا بد منه وهل له التصرف فيما يستغني عنه
الى وقت البلوغ اشكال ينشأ من ان الولاية هل تثبت للطفل الآن ويكون ممنوعا
لمانع كنوم الوصي ام عند بلوغه يحتمل الاول لوجود السبب ولانه لو مات الصبي
منفردا بل مع غيره ويحتمل الثاني لانه لا يملك التصرف لنفسه حال الصغر فكذا
لغيره ولان في الوصاية معنى الامانة ومعنى الوكالة من حيث انها تعتمد تفويضا
من الغير ومعنى الولاية وهو لا يتاهل لهذه المعاني ولان ولاية الصبي مملوكة
لغيره ولا يملك شيئا من الولاية ولا يصح جعله وليا ولان الوصاية تجويز التصرف
والصبي ليس من اهل التصرف فعلى الاول يقتصر على ما لا بد منه وهو الاصح عندي
لانه ليس بمستقل وانما جوزنا استقلاله في الضروريات للضرورة وعلى الثاني
يستبد مطلقا **قال** دام ظله وهل يشترط عدالته في حق مثله نظر **اقول**
اذا اوصى الكافر الى مثله والمراد بالكافر هنا الذمي هل يشترط في صحة وصيته عدالة
الوصي في ملته او لا فيه اشكال ينشأ من ان عدم العدالة في المسلم يمنع صحة
الوصية اليه فمع الكفر اولى لانها امانة والفاسق ليس من اهل الامانة ومن ان
العدالة لا تتجزى ولان الكفر اعظم من الفسق لانه منكر للاصل والفرع والفاسق
منكر للثاني لا للاول فاذا لم يكن كفره مانعا فاولى ان لا يكون فسقه وفيه نظر
لان الفاسق اذا لم يعمل على ما يجب ويحرم لم يعتمد عليه بما في تحصيل غاية الوصية واذا
كان الكافر في ملته يعتقدها ويعمل حصلت الغاية فالفرق ظاهر والاصح
عندي انه لا يصح الوصية الى الكافر مطلقا **قال** دام ظله **د** العدالة
وفي اعتبارها الاقرب ذلك ويشكل الامر في الاب الفاسق **اقول** شرط
الشيخ في المبسوط والمفيد في المقنعة وابن حمزة وسلار وابن البراج عدالة
الوصي في صحة الوصية اليه لانها امانة على مال الغير فلا تناط بالفاسق
ولان الوصية ركون الى الوصي قطعا ولا شيء من الفاسق بركون اليه لانه
ظالم ولا شيء من الظالم بركون اليه لقوله تعالى ولا تركنوا الى الذين ظلموا
وابن ادريس تارة شرطها وتارة لم يشترطها والمصنف لم يشترطها في
المختلف لانها نيابة فيتبع اختيار المنوب كالوكالة وفيه نظر

لانها نيابة في حق غير المنوب فيختص فيها العدالة كتوكيل الوكيل وتوكيل الاب
في حق ولده والاصح عندي اشتراطها وهو اختيار والدي المصنف هنا لان
الوصي تعتبر اقرانه ولا شيء من الفاسق تعتبر اقرانه اما الاولى فظاهرة متفق
عليها واما الثانية فلقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ولان الفاسق لا
يساوي المؤمن فلا تصح الوصية اليه كالاول لثبت المساواة اما الاولى فلقوله تعالى
افمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون واما الثانية فلان المساواة
لا تعم والا لارتفعت الاثنينية بينهما فتعم نفيها لانه نقيضها والحرمان سلب
شاقضان واستيفاء البحث فيه في الاصول اما الاب فهل يعزل بفسقه يحتمل
ذلك لان الولاية تستلزم الامانة والفاسق ليس اهلا لها ويحتمل عدمه لان
المقتضي لثبوتها هو ولاية الابوة ولان شفقة الاب تمنعه عن تضييع مال الابن
عليه بخلاف الوصي الفاسق والاصح عندي انه لا ولاية له ما دام فاسقا لانها ولاية
على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله ويستحيل من حكمة الصانع ان يجعل الفاسق
امينا تقبل اقراراته واخباراته على غيره مع نص القرآن على خلافه فان عادت عادت
ولايته قال دام ظله وهل يعتبر الشروط حال الوصية او الوفاة خلاف اقربه
الاول فلو اوصى الى الطفل او المجنون او الكافر ثم مات بعد زوال المانع فالاقرب البطلان
اقول وجه الاول انها حالة تحمل الامانة وحالة الركون اليه ولانه لو مات
تلك الحال لثبت له التصرف ولان مقتضى الوصية ان المانع للتصرف الاجنبي
الموصي لا غير وليس هنا وهو اختيار ابن ادريس ويحتمل الثاني لانها حالة الولاية
وانما يحتاج اليها في تلك الحال واعلم ان اشتراطها عند الوفاة ثابت بالاجماع
واما الخلاف ففي اشتراطها حال الوصية والحق عندي اشتراطها من حين الوفاة
مدة بقائها **المطلب الثاني** في الاحكام **قال** دام ظله ولو لم يقبل
الوصية ابتداء ولم يعلم بها حتى مات الموصي ففي الزامه بها نظر **اقول** اطلق
الاصحاب عدم جواز رد الوصية لرواية منصور بن حازم عن الصادق عليه
السلم قال اذا اوصى الرجل الى اخيه وهو غائب فليس له ان يرد عليه وصيته
لانه لو كان شاهدا فابى ان يقبلها طلب غيره فليس له ان يرد وصيته
فان اوصى اليه وهو بالبلد فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل والظاهر
من

من كلام الشيخ في المبسوط والخلاف جوازه وهو الاقوى عندي للاصل ولاصالة
الفرد الواصل اليه ما لم يحمل غير المستحق وقال تعالى ما جعل عليكم في الدين من حرج
وقال عليه السلم لا ضرر ولا اضرار في الاسلام ولان قبولها والتصرف بها
تبرع في التصرف للغير فلا يلزمه ذلك بدون قبوله كالوكالة ولانه لا ولاية
له على الغير فيلزمه امرا بغير اختياره **قال** دام ظله ولو اوصى الى اثنين فصاعدا
فان اطلقوا او شرط الاجتماع لم يجز لاحدهما التفرد عن صاحبه ويجب عليهما
التشارك في كل تصرف فان تشاحا لم ينفذ ما تفرد به احدهما من التصرف الا
فيما لا بد منه كاكل اليتيم ولبسه ويحتمل عندي مع نهيه عن التفرد نفوذ
المتفق ويحمل قول علمائنا على ما اذا اطلق فانه يتفرد بالانفاق خاصة **اقول**
تقرير هذه انه اذا اوصى الى اثنين فلا يخلوا اما ان يختلف محل ولايتهما او يتحد
والمراد لا اشتراك بينهما بل ينفرد كل واحد عما فوض اليه باتفاق الامامية
واكثر الامة كان يوصي الى احدهما بقضاء ديونه والى الاخر بالولاية
على اطفاله والثاني يشتركان في الولاية فلا يخلوا اما ان يوصي اليهما
على الاجتماع او الانفراد او يطلق فالاول يحرم على كل واحد منهما الانفراد
بالتصرف في شيء اصلا ويجب عليهما الاجتماع ويجبرهما الحاكم عليه وينفذ
تصرف احدهما منفردا في رد الاعيان المستحقة للغير كالودايع والاعيان
المغصوبة لوقوعه موقعه ولان لمالكها اخذها بغير اذن احدهما
واما العقود ومما يتعلق بالاجتهاد فلا يصح باتفاق الكل وانما الخلاف
فيما اذا تشاحا ولم يتفقا على النظر في شيء هل ينفذ ما تفرد احدهما به من التصرف
فيما لا بد منه كاكل اليتيم ولبسه وهذه مسألة الكتاب المعقود هنا بالذات
فنقول قال الشيخ في النهاية نعم وهو المشهور بين الاصحاب ووجهه
ان في تاخيره حتى للاشيا الى اجتماعهما ضررا ولانه لو اقتضى امتناع احدهما
من الفعل امتناع الاخر منه لما اثما بامتناعهما اذا امتناع كل واحد يوجب
منع الاخر ولا اثم على الترك مع المنع من الفعل ولان كل واحد منهي عن الفعل
مع ترك الاخر والمنهي عنه لا يأثم بتركه لاستحالة اتحاد متعلق الامر والنهي
وفيه نظر لانتقاضه بالواجب على المجموع كالجمعة وقال في المبسوط والخلاف

لا يجوز الانفراد مطلقاً وهو اختيار ابن ادريس والمصنف ومذهبه انه ينقض
المنفرد ما لا يتفاوت مع النهي عن الانفراد لانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه
ولا اذن شرعي لانه ليس بولي فهو متبرع وانما يتصرف بما تقتضيه الوصية
ولا تقتضي الانفراد والضرر يندفع باذن الحاكم او الجميع مع تعذر الا
بالوصية ولما رواه محمد بن الحسن الصفار في الصحيح قال كتبت الى ابي الحسن
العسكري عليه السلام رجل كان اوصى الى رجلين ايجوز لاحدهما ان ينفرد بنصف
التركة والآخر بالنصف الآخر فوقع عليه السلام لا ينبغي لهما ان يخالفا الميت وان
يعملا على حسب ما امرهما ان شاء الله قال الصدوق وهذا التوقيع عندي بخط
الامام عليه السلام فقد اطلق المنع ولو جاز في البعض لزم تاخير البيان عن وقت
الحاجة والاغراء بالجهل لانه اطلق العام واراد الخاص من غير قرينة واجاب
المصنف عن اطلاق تجويز الانفراد فيما لا بد منه بانه محمول على ما اذا اطلق
الوصية فانه يجوز الانفراد بما لا بد منه والثاني ان يجعل لكل منهما التصرف
على الاجتماع والانفراد وكل واحد منهما وصي كامل بالانفراد فيجوز لكل
الانفراد ويجوز لهما الاجتماع ويتخيران في ذلك باتفاق الامة والثالث وهو
يجوز الانفراد لواحد خاصة فلكل ما فوض اليه لا يتعداه واما الرابع وهو
ان يوصي اليهما ويطلق ولا ينص على الاجتماع ولا على الانفراد واختلف الاصحاب
هنا فقال الشيخ في الخلاف والمبسوط لا يجوز الانفراد ويجب الاجتماع وهو
اختيار ابن ادريس وابن حمزة وظاهر كلام علي بن بابويه وابي الصلاح وقال الشيخ
في النهاية ان شرط ان لا يمضيا الوصية الا بعد ان يجتمعا لم يكن لكل واحد
منهما الانفراد وان لم يكن الموصي قد اشترط عليهما ذلك جاز لكل واحد
منهما ان يستبد بما يصيبه ويطالب صاحبه بقسمة الوصية وكذا قال ابن
البراج وهو يعطي انه مع الاطلاق يجوز التفرد واختار المصنف الاول
وهو الاصح عندي لانه انما اوصى الى مجموع اثنين لا الى كل واحد ولرواية
محمد بن الحسن الصفار المتقدمة قال دام ظله ولو مرض احدهما او عجز
ضم الحاكم اليه من يعينه ولو مات او فسق استبد الآخر بالحكم من غير ضم على
اشكال

اشكال ولعل الاقرب عندي وجوب الضم لانه لم يرض براي واحد اقول
نشأ من اطلاق اكثر الاصحاب انه يستبد من غير ضم ولانه مع وجود
الوصي لا ولاية للحاكم معه هكذا اطلق الاصحاب ايضاً ولان التخصيص
بالذكر يدل على نفيه عما عداه عند قوم مطلقاً وهنا اتفاقاً ومن ان الموصي
اوصى الى الاثنين ولم يوص اليه بانفراده فلم يجز له التفرد والاقرب وجوب الضم
لانه اوصى الى المجموع ولم يرض برايه وحده وهو الاصح عندي لان الحاكم
له من الولاية ما كان للوصي الذي بطلت وصيته بفسقه او موته كما لو مات
الوصي الواحد فان للحاكم الولاية اجماعاً قال دام ظله ويجوز ان يجعل للوصي
جعلاً ولو لم يجعل جاز له اخذ اجرة المثل عن نظره في ماله وقيل قدر الكفاية وقيل
اقلهما اقول الاول قول الشيخ في النهاية في باب التصرف في مال الايتام وهو
الاقوى عندي والثاني قول الشيخ ايضاً في النهاية والثالث قول الشيخ
في الخلاف والتبيان وقال في المبسوط اذا كان فقيراً جاز له ان ياكل
من مال اليتيم اقل الامرين من كفايته واجرة مثله وقال ابن ادريس يأخذ قدر
الكفاية لقوله تعالى ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل
بالمعروف فهذه ثمة اقوال قال دام ظله ولو اوصى اليه بتفريق ثلثه فامتنع الوارث
من اخراج ثلث ما في يده فالاقرب اخراج الثلث كله مما في يده لتجانس المال او احد
اقول لانه يستحق تفريق الثلث فاذا لم يعط الوارث مما في يده كان له الا
من غيره اقتصاصاً كولي الدين ووكيله ولان الوارث غصب جزءاً لعين
فكان للوصي اليه بالتفريق تغريمه من التركة ولان عليه ان يؤدي من العين
ومع التعذر فالعوض عنها والاول متعين والثاني ممكن فتعين ومن
ان له ولاية التفريق لا المعاوضة ولان الوصية لم تتناول مما في يده الا
ثلثه والاصح الاول الفصل الخامس فيما به تثبت الوصية واحكام الرجوع
قال دام ظله وتقبل المراة في ربع ما شهدت به وهل تفتقر الى اليمين فيه
اشكال اقول نشأ من اطلاق الرواية بالقبول فلو احتاج الى اليمين
لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة ولان الاصحاب اطلقوا ثبوت ربع
الوصية وربع ميراث المستهل بشهادة الواحدة ولم يوجبوا اليمين وقد

نص ابن ادريس عليه فانه قال تقبل شهادة القابلة وحدها اذا كانت شرائط
العدالة فيها في استهلال الصبي في ربع ميراثه بغير يمين وتقبل شهادة امرأة
واحدة في ربع ميراثه بغير يمين وتقبل شهادة امرأة واحدة في ربع الوصية و
شهادة اثنتين في نصف ميراث المستهل ونصف الوصية وذلك لامكان العذر
في عدم الرجال وعلى المسئلتين اجماع اصحابنا فلاجل ذلك قلنا بذلك ومن انها
شاهد واحد والاحتياج الى الرجل فيه اولى ولان الاصل عدم الوصية وعدم
الاستهلال فلا يحصل الظن المساوي لليقين شرعا في وجوب العمل الا
باليمين والاول اصح **قال** دام ظله وهل يثبت النصف او الربع بشهادة
الرجل من غير يمين الاقرب ثبوت الربع ان لم يوجب اليمين في طرف المرأة **اقول**
هنا مسئلتان تتفرعان على قبول شهادة المرأة الواحدة بالوصية من غير يمين **آ**
هل تقبل شهادة الرجل الواحد في النصف من غير يمين يحتمل ذلك لان شهادته
بمنزلة شهادة امرأتين ويحتمل عدمه لعدم النص عليه وهذا هو الاصح عندي **ب**
تقبل شهادة الرجل الواحد في النصف من غير يمين يحتمل ذلك لان شهادته
بمنزلة شهادة امرأتين ويحتمل عدمه لعدم النص عليه تقبل شهادته في الربع من غير
يمين قال المصنف الاقرب ذلك ووجه القرب انه اولى من المرأة فيكون من باب
التنبيه بالادنى على الاعلى ومن عدم النص وهذا هو الاصح عندي وقوله ان
لم يوجب اليمين في طرف المرأة انما قيده بذلك لانه لو قلنا بوجوب اليمين فيها لم يشرع
وجوب قبول الرجل بغير يمين لانه ينتفي حينئذ مفهوم الموافقة فيجب حينئذ اليمين
مع شهادة الرجل الواحد بسبب كل الوصية **قال** دام ظله والاقرب ثبوت
وجوب اليمين لو شهد عدل وذمي **اقول** اذا شهد عدل واحد مسلم وذمي
بالوصية فالاقرب عندي وعند والدي المصنف الاحتياج الى اليمين مع المسلم نقاه
ولا اعتبار بشهادة الذمي ووجه القرب انه لا اعتبار بشهادة الذمي للآية
ولان الذمي انما تقبل بشرط عدم المسلم والشرط منتف هنا ويحتمل عدمه
لقوله تعالى او آخران من غيركم واذا قبل ذمي مع ذمي آخر فمع مسلم اولى
والاصح الاول اقتصارا على محل النص **قال** دام ظله وفي قبول
اهل الذمة مع عدم عدول المسلمين نظر اقربه عدم القبول **اقول**
تقرير اصل هذه المسئلة المتفرع عليه فنقول تثبت الوصية
بالمال

بالمال بشاهدين ذكرين عدلين في دينهما من اهل الذمة مع فقد عدول المسلمين
عندنا لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين
الوصية اثنان ذوا عدل منكم او آخران من غيركم ان انتم ضربتم في الارض فاصابتكم
مصيبة الموت الآية والمراد من غيركم اهل الكتاب لان الخطاب للمسلمين وغيرهم
كفار وغير اهل الذمة لا تقبل شهادتهم اجماعا فتعين اهل الذمة وحيث شرط
عدالة المسلمين فعدالتهم في دينهم اولى بالاشتراط لا يقال قيل من غيركم اي
من غير عشيرتكم وقيل من غير ملتكم والقائلون بالثاني قال بعضهم انها منسوخة
بقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وهو علم لانا نقول ليست
منسوخة بل هي محكمة فان النسخ خلاف الاصل وهو قول ابن عباس وابن المسيب
وابن جبير وابن سيرين والشعبي والثوري وتفسيره بغير عشيرتكم ممنوع ويبطل
بانه خطاب للمؤمنين كافة والضمير في غيركم راجع اليهم والاصل عدم الاضمار
وغير المؤمنين الكفار وان يحيى بن محمد روى عن الصادق عليه السلم قال سألته عن
قول الله تعالى يا ايها الذين آمنوا شهادة بينكم الى قوله او آخران من غيركم قال من
اهل الكتاب فان لم تجدوا من اهل الكتاب فمن المجوس الحديث اذا تقرر ذلك
فنقول هل تقبل شهادة اهل الذمة العدول في دينهم مع عدم عدول
المسلمين في الولاية وهذه هي المسئلة المذكورة في الكتاب هنا قال المصنف فيه نظر
ينشأ من وجود المقتضي وهو تعذر عدول المسلمين المفضي الى تعذر اثبات الوصية
ولانه تثبت بشهادتهما المال الذي يرثه الطفل المعين بالوصية فاثبات ولاية عليه
اولى من اثبات ملك عليه ومن حيث عدم النص فان الكتاب العزيز ناطق بعدم
الركون اليهم في قوله تعالى ولا تركنوا الى الذين ظلموا وقبول شهادتهم
ركون اليهم واما ثبوت المال فللنص عليه ولان الكافر فاسق ولا شيء
من الفاسق تقبل شهادته فلا شيء من الكافر تقبل شهادته والاولى بينة مجمع
عليها بين المسلمين واما الثانية ففي قوله ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا والاصح
عندي انه لا تقبل في الولاية ولا وجه لاحتمال القبول عندي **قال**
دام ظله ولو قال هو من تركتي فليس رجوع على اشكال **اقول** منشأه من
ان الموصى به تركته ومن العرف اذ هو في العرف دال على انه للورثة

والاصح الاول لان التركة ما تركه الميت من ماله وهو اعم من الموصى به والميراث
والعام لا ينافي شيئا من جزئياته قال دام ظله ولو رجع عن المعين كان
اوصى لزيد بعين ثم لعمرو بها اخرى وقصر الثلث ثم اوصى بالاولى لبكر فالاقرب
تقديم وصية عمرو اقول وجه القرب ان وصيته لبكر متاخرة عن وصية عمرو والوصية
الاولى بالعين لزيد بطلت فلا حكم لها ومن حيث انه اوصى باخراج هذه العين
قبل الوصية باخراج العين الثانية لبكر والاعتبار انما هو بالاخراج عن ملكه لاخصوص صاحب
الموصى لهم فيقوم بكر مقام الاول وهو زيد في التقدم لو قصر الثلث عن الوصايا
والاصح الاول قال دام ظله ولو اوصى له بسكنى دار سنة ثم اجرها سنة
لم ينفسخ فان مات فالاقرب ان له سنة كاملة بعد انقضاء مدة الاجارة اقول
اذا اوصى بمنفعة دار سنة ثم اجرها سنة مثلا نظر ان مات بعد انقضاء
مدة الاجارة فالوصية بحالها وان مات قبله فوجهان اقواهما عندي ما هو
اقرب عند المصنف وهو انه يستانف للموصى له سنة من انقضاء مدة الاجارة
ووجه القرب استحقاق الموصى له منفعة سنة ولم يمكن ابطال الاجارة وكان
له بعدها ولان الوصية تناولت سنة مطلقة وانما اوجبنا البينة للاولى
مبادرة الى تحقيقه فاذا امتنع مانع اعطي سنة غيرها بخلاف الاجارة
فانها تقتضي الاتصال بالعقد والا بطلت لعدم تعين مبداها هذا خلف
ولانه لا منافاة بين الاجارة المعينة والوصية المطلقة فلا يدل على الرجوع
والاصل عدمه والوجه الثاني بطلان الوصية لاقتضاء اطلاقها سنة متصلة
بالموت ولهذا وجب على الوارث تسليمها اليه بعد الموت على الفور مع عدم
المانع ولا تتعين سنة بعينها وهي قد استحقت لغيره فتبطل والاصح الاول
ويمنع اقتضاء الوصية السنة الاولى بعينها فعلى الوجه الثاني لو انقضت مدة
الاجارة قبل انقضاء سنة من يوم الموت فالمنفعة بقية السنة للموصى له
وتبطل الوصية فيما مضى وان انقضت بعد سنة من يوم الموت بطلت الوصية
لان الوصية تناولت منفعة السنة الاولى فاذا صرفت الى غيره بطلت
الوصية وهذا الاحتمال ضعيف ويتفرع على الوجهين انه لو لم يكن اجرها الموصي
ولم يسلم الوارث الى الموصى له تعديا وحصلت سنة فعلى الوجه الاول
يسلم

يسلم الى الموصى له سنة اخرى وعلى الثاني يغرم الوارث قيمة منفعة السنة
واصل المسألة مبني على ان الاجارة لا تبطل بموت الموجر وهو المختار عند
المصنف وعندي قال دام ظله ولو [illegible] حنطة اجود ففي
كونه رجوعا اشكال اقول اذا اوصى بحنطة معينة فان خلطت
عليها حنطة للوصي اجود قبل موت الموصي من غير فعله ولا اذنه فهل يقتضي
ابطال الوصية فيها اشكال ينشا من اصالة بقاء الوصية ولانها كالتركة
وللمنع من خروجها عن امكان التسليم للموصى به وحده وعدم وجوب تبرع
الوارث بالزيادة فصارت كالتالفة والاقوى عندي انه يكون شريكا
بالنسبة من القيمتين لان الاصل بقاء الوصية وعدم الرجوع وقوله في كونه
رجوعا المراد به في حكم الرجوع لمشابهته اياه في الابطال اما لو خلطها هو بفعله
فهو رجوع لانه هو المانع من التسليم قال دام ظله ولو بنى عرصة اوصى بها فهو
رجوع وكذا لو غرسها وكذا لو اوصى بثوب فقطعه قميصا او بخشب فاتخذه
بابا او بشيء فنقله من بلد الموصي الى مكان بعيد فهو رجوع على اشكال في
٢ ذلك كله اقول ينشا من انها لو بطلت في هذه الصور لكان لوجود
المنافي وهذه ليست بمنافية في نفس الامر لانه لو صرح بفعلها لبقيت مع هذه
الاشياء ومن ان الظاهر ان هذه التصرفات دالة عرفا على ابقائها لنفسه و
ابطال للوصية فان قلنا ان البناء والغرس رجوع في البياض المتخلل ففي المغرس
وللاس اولى والا فالاشكال والاقوى عندي انه رجوع في الاس والمغرس
لا بينهما قال دام ظله ولو اوصى بخبز فجعله فتيتا او بقطن فحشا به
فراشا او برطب فجففه تمرا او بلحم فقدده ففي كونه رجوعا اشكال اقول
ينشا من ان الظاهر فانها ظاهرا تدل على ابطال الوصية ومن عدم منافاتها
ولان الوصية نقل ملكه عنه الى الموصى له بعد الموت فشرطه الملك قبل
الموت وهو حاصل للموصي فلا تنافي ما تحلل لبقاء الملك فلا تقتضي بطلان
الوصية ولا ينافي ايضا التصرفات المحللة للملك العين المزيلة كالهبة
قبل الاقباض والرهن وهو الاقوى عندي قال دام ظله ولو تغير
الاسم بغير فعل الموصي كما لو سقط الحب في الارض فصار زرعا او انهدمت
الدار فصارت براحا في حيوة الموصي بطلت الوصية على اشكال اقول

يبقى شيئا من نقد الموصى به فانه انما يعطى ما يطلق اللفظ عليه حقيقة ومن تعلق
حق الموصى له بالعين ولم تعدم بجميع اجزائها والاقوى عندي الفرق بين
تبدل الصورة النوعية وتجرد الاسم وعدم نقص الاجزاء فان في الصورة
الاولى الاقوى البطلان لعدم الحقيقة الاولى ووجود غيرها وفي
الاخيرتين الصحة اما الثانية فلان المتروك الحقيقة والاسم للتعيين وهي
بعينها موجودة واما الثالثة فالوصية بالكل تستلزم الوصية بالاجزاء فاذا بقي البعض
صرف في الوصية **قال** دام ظله ولو لم يكن الانهدام مزيلا لاسم الدار بطلت
الوصية دون ما انفصل منها على اشكال **اقول** لا اشكال في عدم بطلان
الوصية بالدار مع بقاء الاسم واما الاشكال في وجوب تسليم ما انفصل منها
بالانهدام كالانقاض والآلات الى الموصى له ومنشأوه من ان الوصية تعلقت
بالدار والانقاض لا تسمى دارا وانما تدخل مع بقائها الى الموت جزءا منها اما
مع عدم الدار فلا دليل عليه ومن انها حال الوصية جزء فدلت لفظة الدار
عليها بالتضمن فيدخل في الوصية والاصل البقاء والاصح الثاني **خاتمة**
تشتمل على مسائل متعددة **قال** دام ظله آ لو اوصى بعبد يستوعب لزيد
وبثلث ماله لعمرو ولم يقصد الرجوع ومنع من التقديم واجاز الوارث قسم العبد
ارباعا ويحتمل اسداسا ولو قصد الرجوع قسم اثلاثا **اقول** وجه الاول
ان الوصايا كالديون لاتية بتقسيم التركة مع الاجازة على مجموعها وقد اوصى
لواحد بجميعه ولآخر بثلثه فاسقط العبد من جنس المكيون ليتم اليها الثلث
الموصى به فيصير اربعة ثم اقسم العبد على اربعة لانهم نقص الثلث ربعا
كما في مسائل العول ووجه الثاني ان للاول ثلثي العبد لا يزاحم فيهما
احد ويبقى الثلث الآخر قد اوصى لكل منهما به من غير تقدم فيقسم بينهما
فيكون للاول خمسة اسداس وللثاني سدس كالدعاوى المتعارضة
في البعض خاصة كما لو ادعى واحد كل العين والآخر ثلثها **قال** دام ظله
وان خلف مع العبد مائتين اخرى وقيمة العبد مائة ولم يقصد الرجوع
اخذ الثاني على الاول مع الاجازة ثلث المال وثلثها بلا من العبد
وهو ربعه وللاول ثلاثة ارباعه ولو رد الورثة ما زاد على الثلث

فللاول

رابع عشر

فللاول نصف العبد وللثاني سدس التركة فاخذ سدس العبد وسدس المائتين
فله من العبد ستة عشر وثلثان ومن باقي التركة ثلثه وثلثون وثلث ويحتمل
قويا على الاول اقتسامهما الثلث حالة الرد على حسب ما لهما في الاجازة فنصيب
صاحب العبد اقل لانه شرك معه في وصية غيره ولم يشرك في وصية الثاني
غيره فلصاحب الثلث ثلث المائتين من غير مزاحم وشركا في العبد فالثاني
بثلثه وللآخر جميعه فنصفه ارباعا وفي حال الرد يرد وصيتهما الى ثلث المال
فنضرب مخرج الثلث في مخرج الربع فكان اثني عشر في ثلثه ثم في ثلثه يكون ستة وثلاثين
فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية من اربعة وعشرين وربع العبد وهو ٢
ثلاثة اسهم صار له احد عشر ولصاحب العبد ثلاثة ارباعه وهي تسعة تضمها الى سهام
صاحب الثلث فالمجموع عشرون ففي الرد تجعل الثلث عشرين والمال ستون فلصاحب
العبد تسعة من العبد وهو ربعه وخمسه ولصاحب الثلث ثمانية من الاربعين
وهي خمسها وثلاثة من العبد وهو عشره ونصف عشره ويحتمل مع عدم الاجازة
ضم سهامه الى سهام الورثة وبسط باقي العبد والتركة اخماسا فله خمس العبد
وخمس المائتين على الثاني **اقول** اذا اوصى لشخص بمعين من ماله كعبد
معين ولآخر بجزء مشاع كثلث المال او ربعه فاجاز الوارث الوصيتين
تفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم شارك صاحب المعين فيه فيقسمانه
بينهما على قدر حقيهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ما له في
الوصية كمسائل العول وكما لو اوصى لرجل بماله ولآخر بجزء منه فاما في حال
الرد فان كان وصيتهما لا تجاوز الثلث مثل ان يوصي بسدس ماله لرجل ولآخر
بمعين قيمته سدس المال فهي كحال الاجازة سوا اذ لا اثر للرد وان
جاوزتاه رددنا وصيتهما الى الثلث وهل يقسم بينهما على قدر وصيتهما الا
ان صاحب العتق يأخذ نصيبه من العين والآخر يأخذ حقه من جميع المال او
يقتسمان الثلث على حسب ما لهما في الاجازة كل منهما محتمل اعتبارا ٢
بنفسه او باستحقاقهما لو صحت الوصيتان لان التفاوت من الثلث يكون انما
هو على قدر استحقاقهما ولان وصية الثاني تتضمن رجوعا من الاول لمزاحمته
اياه والرجوع عنه بحسب ولان صاحب العبد اولى لانه اوصى له بشيء شرك
معه غيره فيه وصاحب الثلث اوصي له بشيء لم يشاركه فيه غيره فوجب ان

يقسم بينهما الثلث حالة الرد على حسب ما لهما في الاجازة كسائر الوصايا ومن
ان حالة الاجازة انما دخل النقص للمزاحم ولولاه لما دخل نقص فلا يوجب
في غيره فيرد على الوصية ولان كل واحد قد اوصى له بثلث وقد رجعت الوصيتان
الى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل الى نصف وصيته فيدخل النقص
على كل منهما بقدر ما له في وصيته ثم على التقدير الاول يأخذ صاحب المعين نصيبه
منه ويضم للاخر سهامه الى سهام الورثة ويقتسمون الباقي على حصة لان له السدس
وللورثة اربعة اسداس ثم يأخذ صاحب المعين نصيبه من المعين والاخر يأخذ
حقه من جميع المال وهو السدس فيحصل هنا ثلاث احتمالات آ ان يقسم الثلث بينهما
على قدر الوصيتين ويأخذ صاحب المعين نصيبه من المعين والاخر نصيبه من جميع
المال فيأخذ الاول نصف العبد ويأخذ صاحب الثلث سدس العبد وسدس
المائتين فله من العبد ستة عشر وثلثا ومن المائتين ثلثة وثلثين وثلثا
ب ان يقسم الثلث بينهما على قدر الوصيتين ويأخذ صاحب المعين نصيبه من المعين
وصاحب الثلث يضم نصيبه الى انصباء الورثة ويقسم بينهم اخماسا فيكون له عشر
العبد وخمس المائتين ج ان يقسما المال على حسب ما لهما في الاجازة فههنا
احتمالات آ ان يكون لصاحب الثلث ربع العبد مع الاجازة فنقول
هنا نضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكون اثني عشر سهما ثم في ثلثة يكون ستة
وثلثين لانا نقسم الثلث اثلاثا والثلث الاخر ارباعا فلصاحب الثلث ثلث المائتين
وهو ثمانية من اربعة وعشرين وربع العبد وهو ثلثة اسهم من اثني عشر من الفريضة
صار له احد عشر ولصاحب العبد ثلثة ارباعه وذلك تسعة صار الجميع عشرين
ففي حال الرد يجعل الثلث عشرين والمال كله ستون ولصاحب العبد
تسعة من العبد وهو ربعه وخمسه ولصاحب الثلث ثمانية من الاربعين وهي
خمسها وثلثة من العبد وذلك عشر ونصف عشر و الطريق الثاني ان نسب
الثلث الى ما حصل لهما في حال الاجازة ثم نعطي كل واحد مما حصل له في الاجازة
مثل تلك النسبة وعلى الوجه الاول نسبت الثلث الى وصيتهما ثم نعطي
كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة ب ان يكون العبد اسداسا
حال الاجازة فنقول نضرب مخرج السدس في مخرج الثلث
يكون

يكون ثمانية عشر فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو اربعة من اثني عشر وسدس
العبد وهو واحد صار له خمسة ولصاحب العبد خمسة اسداس العبد خمسة
صار الجميع عشرة ففي حال الرد يجعل ثلث المال عشرة والمال كله ثلثون
ولصاحب العبد خمسة من العبد هي نصفه ولصاحب الثلث واحد من العبد
هو عشره واربعة من العشرين وهي خمسها ولو مسألة ط لو خلف
عبدا مستوعبا قيمته مائة واوصى به لواحد وللاخر بثلثه وللاخر بسدسه على جهة
العول قسم العبد تسعة ستة لصاحب الكل واثنان لصاحب الثلث وواحد
لصاحب السدس ويحتمل ان يكون للاول تسعة وعشرون من ستة وثلثين
وللثاني خمسة وللثالث اثنان اقول وجه الاول ظاهر على طريقة العول
وان الفريضة من ستة للاول ستة ويزاد عليها مثل ثلثها اثنان للثاني ويزاد
عليها مثل سدسها واحد للثالث واما الثاني فلان للاول ثلثين لا يدعيها غيره
اربعة من ستة يبقى ثلث سدس منه يدعيه صاحب الكل وصاحب الثلث
يقسم نصفين فنضرب اثنين في ستة يبلغ اثني عشر والسدس الاخير يدعيه الثلاثة
فيقسم اثلاثا فنضرب ثلثة في اثني عشر يبلغ ستة وثلثين للاول الثلثان نعني
اربع وعشرون ونصف سدس وهو ستة ستة ونصف سدس صاحب الثلث لكل ثلثة
وسدسا اخر بين الثلثة لكل اثنان يكمل لصاحب الكل تسعة وعشرون ولصاحب
الثلث خمسة ولصاحب السدس اثنان ولو مسألة ي لو كان مع العبد
مائتان واوصى به لواحد وللاخر بثلث ماله وللاخر بسدسه فلصاحب العبد مع
الاجازة ثلثا العبد ولصاحب الثلث تسعاه وثلث الدراهم ولصاحب السدس
تسعه وسدس الدراهم ومع الرد نضرب صاحب العبد بمائة وصاحب الثلث بها
وصاحب السدس بخمسين ونخرج حق صاحب العبد منه وعلى الاحتمال
القوي يجعل الثلث عشرة للاول ستة وللثاني اثنان منه وستة من باقي
التركة وللثالث واحد منه وثلثة من باقي التركة اقول اما حال الاجازة
فما ذكره هنا على الاحتمال الاول واما على الاحتمال الثاني فللاول
ثلثا العبد من غير منازع وقد تعارض هو والموصى له بالثلث في الباقي
يقسم بينهما نصفين وقد تعارض فيقسم بينهم اثلاثا فيقسم العبد ستة وثلثين

للاول تسعة وعشرون من ستة وثلثين من العبد وللثاني خمسة منه وثلث
المائتين وللثالث اثنان منه وسدس المائتين واما حال الرد فيقسم الثلث اخماسا
لان الموصى له بالعبد اوصى له بمائة والموصى له بالثلث اوصى له بمائة ايضا اذ ثلث
المال مائة والموصى له بالسدس قد اوصى له بخمسين وانما دخل النقص عليهم
في حال الاجازة لضرورة الازدحام اما حال الرد فلا ازدحام هذا على
احتمال قسمة الثلث حالة الرد على وصاياهم اما على الاحتمال القوي وهو قسمة
الثلث على حسب ما لهم في الاجازة فيقسم الثلث ثمانية عشر لان حال الاجازة
يقسم العبد تسعة والتركة سبعة وعشرون فلصاحب العبد ثلثاه ستة
وللموصى له بالثلث تسعة اثنان منه وثلث باقي التركة ستة تصير ثمانية وللموصى
له بالسدس سبع العبد واحد وسدس الدراهم ثلثة تصير اربعة مجموع سهامهم
ثمانية عشر ففي حال الرد يقسم الثلث كذلك للاول ستة من العبد وهي ثلثه وللثاني
ثمانية منها اثنان من العبد هي تسعه وستة من ثلث التركة اعني ثمانية عشر ثلثها
وللثالث اربعة هذا على الاحتمال الاول واما على الاحتمال الثاني فان الثلث
يقسم على اثنين وسبعين سهما لصاحب العبد تسعة وعشرون من العبد ولصاحب
الثلث تسعة وعشرون ايضا من العبد والتركة ولصاحب السدس اربعة
عشر من العبد والتركة والاصل في احتمالي قسمة الثلث على حسب الوصيتين
او على حسب ما لهما في الاجازة ان ما ياخذه صاحب الثلث وصاحب السدس
من العبد هل يكون الموصي قد رجع فيه عن الوصية لصاحب العبد ام لا والغاية
انه لو رجع عن وصيتهما في العبد يكون ما كان لهما للورثة ام للموصى له بالعبد
الاقوى الاول لان ملك اثنين ليس واحد بحاله فلما جعله ملكا بحصة
وفاته لهما فقد نفى ملك الموصى له بالعبد عنه بعد الوفاة فهو رجوع عنه
قال دام ظله لو ترك ثلثة قيمة كل واحد مائة واوصى بعتق احدهم
والاخر بثلث ماله على سبيل العول عتق من الاول ثلثة ارباعه وللموصى
له ربعه وثلث العبدين الاخرين مع الاجازة ومع الرد يبلغ الوصيتين
مائتان والثلث مائة وهو مثل نصفه فلكل واحد نصف ما اوصى به
فيعتق من العبد نصفه ولصاحب الثلث سدس كل عبد ويحتمل ما تقدم
اقول

بلغ

اقول تقريبا الاحتمال في هذه المسألة ووجوههما قد مر في المسألة السابقة لان
الموصى بعتقه قائم مقام الموصى له بجميع العبد فيرد ما تقدم من الاحتمالات
والموصى له بالعبد فكلما صح للموصى له بالعبد ههنا ينفذ العتق في مثله فيكون
للثاني ما كان له هناك فمن الاحتمالات ان ينفذ العتق في خمسة اسداسه
ويكون للثاني سدسه وثلث الاخرين كما ذكر ومنها انه مع الرد ينفذ العتق
في نصف العبد وللثاني سدس كل عبد ستة عشر وثمان وعلى الاحتمال القوي
ينفذ العتق في ربع العبد وخمسه وللثاني منه عشره ونصف عشره وخمس الاخرين
ويحتمل نفوذ العتق في نصف العبد وضم حصته الاخرى الى مال الورثة وتقسيم
ما في العبد والاخرين اخماسا وللثاني من الموصى بعتقه عشره وخمس الاخرين وللورثة
حصته واربعة اخماس الاخرين قال دام ظله ولو اقام الاب وصيا لاطفاله
لم يكن للقاضي تغييره بعد موته الا ان يتغير حاله ولو كان باجرة ووجد القاضي المتبرع
فالاقرب انه ليس له العزل ان وفى الثلث والا جاز لحفظ المؤنة عن الاطفال اقول
تعرض وجه القرب ان تقول اما مع وفاء الثلث فانه لا ولاية للحاكم مع الوصي
ولان المريض له جعل الولاية على الاطفال والحاكم للغير وله التبرع بثلث ماله
فجعله عوضا عن عمل مقصود في نظر العقلاء اولى واما مع عدم وفاء الثلث
فلان العمل الذي وقع في مقابلته اجرة يمكن تحصيله من المتبرع بغير اجرة فدفع
الاجرة عنه تبرع والتبرع لا يمضي في اكثر من الثلث والخيار للوصي على صورة
الاول فيعزله الحاكم والا لزم نقض احد الامرين المذكورين وقد عرض خلافه
ويحتمل عدم جواز عزله مطلقا لان له جعل الولاية للغير وليس للحاكم مدة
ودفع اجرة المثل عن العمل ليس تبرعا فلا يعتبر فيه الثلث وليس لاحد منعه
واعلم ان هذا البحث على تقدير عدم زيادة المدفوع عن اجرة المثل اما
اذا زاد ولم يخرج من الثلث عزله الحاكم مع عدم قبوله بالاجرة قطعا
والاقوى عندي انه ليس للقاضي العزل اذا لم يزد ما عينه الموصي للوصي عن
اجرة المثل ويمضي من الاصل وكذا لو لم يعين اما مع زوال العدالة فيعزله
ولانه قال دام ظله ولو اوصى الى فاسق ... بطلان
الوصية اليه على راي اقول الخلاف في هذه المسألة معه قال

دائم ظلة وهل يقبل قول الامين في التفرقة الاقرب العدم ان كان على قوم معينين والقبول ان كان على غير معينين اقول وجه القرب انه اذا كانوا معينين كان المال ملكا لهم وهو في يده وقد ادعى ايصاله والاصل عدمه ولامكان اقامة البينة هذا ان انكر الورثة التفرقة فالاقرب قبول قول الامين مع اليمين ومع علمه لانكار الوارث تقبل قوله بغير يمين في حقهم ولو انكر الموصى لهم فالقول قولهم مع اليمين وعليه البينة واما مع التعيين فلانه قد يبنى باجتهاده وتظنه وامانته فيقبل قوله فيه ويحتمل قبول قوله لانه من له ولاية شي قبل اقراره فيه ويحتمل عدم القبول مطلقا للاصل والاصح عندي قبول قوله مطلقا ﴿﴾ وهذا آخر ما اوردناه في حل اشكالات الجزء الاول من القواعد والحمد لله تعالى الذي وفقنا لاتمامه وصلى الله على سيدنا محمد النبي وآله المعصومين ﴿﴾ صورة ما كتبه المصنف ادام الله ايامه وفرغ من تسويد مصنفه العبد الفقير الى الله تعالى محمد بن الحسن بن يوسف بن علي بن المطهر في يوم عيد الفطر سنة اربع وعشرين وسبعمائة بالحلة بحفظه ﴿﴾ واتفق الفراغ منه كتابة على يد كاتبه لنفسه العبد الفقير الى الله تعالى الغني علي بن محمد بن حسن المزيدي بالحلة بلد الجامعين حماها الله تعالى من الآفات عند انبساط شمس يوم السبت رابع عشر من شهر الله المعظم المبارك رمضان من سنة احدى وستين وسبعمائة

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على
سيد الاولين والآخرين وخاتم النبيين
محمد النبي وعلى آله الطاهرين الطيبين
الذين اذهب الله عنهم الرجس وطهرهم
تطهيرا ام

عدم ط م

فائدة

الميزان الموازيني موضوع صلوة الاركان الاسلامية والمبعام الانساني المستمر الصحيح الذي له الجوهر والعرض والجسم الجامع وهو ذات المعقولات العشر المتصاعدة موضوع زكوتها وهو موضوع المرتسم الكلي الجسم المسور المحور فهو موضوع حجها سلوكا بالمناسك وهو سلوكه للحلول فيها لآدم والعمر لكونه الى الكمال وضع الصوم وهو الصائم الميزان الموازيني المذكور بالارباع المساوية على الكعبة فهو ايضا موضوع الصلوة ايضا للصلوة الكاملة الفاتحة اللازمة للعود المتوزعة بحاذا الاسلام فمنه السلايع الاربعة الاسلامية مطلقا بامر

فائدة

كالاسلام العلي العظيم المسلم المنعم للايمان وهو الصاعد على اقسام معلومة ومنها الاقرار بالله اسمكما لا وهو نور السموات والارض ظهورا هلا الا للمدرك بالعلم من عدل اشكالها والايمان بالملائكة كذلك وهم الجواهر المتصعدة العلوية الاربعة والايمان بالكتب وهي المنزلات الاربعة والايمان بالرسل وهم الاحكام السبعة النامة بوجوهها واحوالها والايمان باليوم الآخر وهو العساة الناسة من القيامة الاولى للمهدي العراق الحلي مع مزج العوض والادحال السلطان الجامع لادم الهمس وكلهما بالصلاح والفساد الحسنة والنعيم والنار بالحاله الالم والالم

[illegible]

الملائكة المعلك المعلم
الذي من دعه مع ها الله جميعا و
الذي بر وعصمو الكل الا انه و دلك البامنه الاخفى ادم
واعتصموا في الدين من كلمه الله الامور المثل [illegible]
لا ركنوا في العصم من هذا المثال معه معصوم فلما [illegible] الى
الارسل في هذا المثال في لطيفه الاله في خط الاولى الانسا سلوكا الرحمه [illegible] بالعلم
على هذا المثال الكلمه احسن ثابته الرحمه مع سائر الدواب و [illegible] الكتابه
كتب من الله [illegible] ثناه المثاني و [illegible] الى الارتباط و ناسب الكلمه [illegible]
اقسم بطرح الصور و الحمد [illegible] والسبع المثاني المذكوره الى [illegible] في المعادل [illegible]
بسم الله الرحمن الرحيم [illegible] الاصول الكتاب الاحسن ومن ذلك احيا عيا في الدير [illegible]
في الارض لك [illegible] المعصوم ما في المسمى من الانسان الادمي [illegible] المثال
والسلوك [illegible] الكتاب العام و [illegible] والثلاثه السلوكيه [illegible]
والمعلوم [illegible] الجامع العالي على العرش [illegible] سبحانه [illegible]
[illegible]

[illegible]

بسم الله الرحمن الرحيم

نحمد الله واجب الوجود وواهب وجود كل موجود مفيض الخير والجود
والصلاة على الذوات القدسية خصوصا على محمد خاتم الانبياء وعلى آله
خير البرية يقول محمد بن الحسن بن المطهر لما فرغت من تحرير اشكالات
الجزء الاول من كتاب القواعد شرعنا الآن في تحرير الجزء الباقي منه ونسأل
الله حسن التوفيق واصابة الحق بالتحقيق

كتاب النكاح

وفيه ابواب الاول في المقدمات

قال قدس الله سره والاقرب انه افضل من التخلي للعبادة لمن لم تتق نفسه اليه
اقول نذكر هنا مقدمة ومسائل ثلاثا اما المقدمة فنقول لفظ النكاح
حقيقة شرعية في العقد لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن
من قبل ان تمسوهن لانه مجاز شرعي في الوطي وقيل لم يرد في الكتاب العزيز لفظ
النكاح بمعنى الوطي خاصا الا في قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وقيل حقيقة في الوطي
لانه حقيقة لغوية والاصل عدم النقل قال صاحب الصحاح النكاح الوطي
وقد يقال للعقد وقيل بالاشتراك لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم على
القول بدخول العقد والوطي فيه واما المسائل آ النكاح قد يجب اذا خشي
من تركه الوقوع في الزنا لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الى قوله تعالى
ذلك لمن خشي العنت منكم قالوا امر استحباب لقوله تعالى مثنى وثلاث ورباع
وذلك ليس بواجب اجماعا والواحدة مثلهن قلنا ممنوع بل هو بيان افراد
الكلي وحصره فيها والامر بالكلي تخيير بين الجزئيات وبيان للعدد لكن الذي هو موضوع
للنكاح الكلي المأمور به وانما الجواز في عدد معين قالوا قال تعالى وانكحوا الايامى
منكم والصالحين من عبادكم وامائكم والامر للوجوب واجاب قوم بوجوب
الكفاية وهو حكم والحق الاستحباب لما ياتي ب انه يستحب لمن تاقت نفسه اليه
واجمعت الامة على ترجيح فعله حينئذ ومن لم تتق نفسه قال المصنف وكثير
من العلماء يستحب ايضا لقوله عليه السلام تناكحوا تكثروا والحديث وهو عام وقال
الشيخ في المبسوط تركه له مستحب لقوله تعالى سيدا وحصورا مدحه
على

على الترك وكل ممدوح عليه راجح واعلم ان موضع هذا البحث للقادر عليه وذهب
ابن حمزة الى انه كلما اجتمعت القدرة على النكاح والشهوة له للرجل او المرأة
استحب له وكلما فقدا معا كره له وان افترقا لم يكره ولا يستحب ج على
القول بانه مستحب لمن لم تتق نفسه اليه هل هو افضل من التخلي للعبادة او التخلي له صح
للعبادة افضل ولا قائل بالمساواة فالمصنف على الاول لعموم الامر في قوله تعالى
وانكحوا وعموم الخبر وقول الصادق عليه السلام ركعتان يصليهما متزوج افضل من سبعين
ركعة يصليها اعزب للحديث ولانه اصل للعبادة وسبب لها مع كونه عبادة ولاشتماله
على بقاء النوع معها بخلاف باقي مندوبات العبادات ولقول النبي صلى الله عليه
وآله وسلم شرار موتاكم العزاب وهو يتناول المتخلي الاعزب وقال عليه السلام اراذل
موتاكم العزاب ولما رواه عبد الله بن ميمون القداح عن ابي عبد الله عليه السلام قال
قال رسول الله صلى الله عليه وآله ما استفاد امرؤ فائدة بعد الاسلام افضل من زوجة
مسلمة تسره اذا نظر اليها وتطيعه اذا امرها وتحفظه اذا غاب عنها في نفسها وماله
قال قدس الله سره ويجوز اكل نثار العرس لا اخذه الا باذن اربابه نطقا او شاهد
الحال وهل يملك حينئذ بالاخذ على اشكال اقول ينشأ من عدم السبب الناقل
عن ملك المالك فان اسباب نقل الملك عن مالكه شرعا مذكورة محصورة وليس هذا
منها ولان الاصل بقاء ملك المالك عليها ومن صيرورته مباحا بالاعراض عنه
والاذن في اخذه فيملك بالاستيلاء كسائر المباحات وفيه نظر لان لفظ المباح
مشترك بين معنيين ما لا ملك عليه ويحل الانتفاع به ومملوك اباح المالك التصرف
فيه باباحة المالك او بسبب شرعي فان عني بصيرورته مباحا الاول فهو ممنوع وان
عني الثاني لم يتم الدليل فالغلط من اشتراك اللفظ واختار المصنف في المختلف
عدم تملكه بالاخذ واختار الشيخ في المبسوط انه يملك بالاخذ وسيأتي وجه
كل واحد قال قدس الله سره يجوز النظر الى وجه من يريد نكاحها وكفيها مكررا
واليها قائمة وماشية وان لم يستأذنها وبالعكس وروي الى شعرها ومحاسنها
وجسدها من فوق الثياب اقول لا نعلم خلافا بين علماء الاسلام في جواز
النظر الى وجه امرأة يريد نكاحها وكفيها مكررا فشرط جواز النظر المذكور
ارادة نكاحها وامكانه عادة بالنظر الى حالها وحاله وخلوها من موانع النكاح

حال النظر كما لعله بالاجماع ووقته عند اجتماع هذه الشرائط وقيل عند تحريم الخطبة
على الخطبة والركون اتجه ولا يشترط اذنها عندنا لاطلاق الخبر بالجواز لقوله
عليه السلم من تاقت نفسه الى نكاح امراة فلينظر منها الى ما يدعوه الى نكاحها وهو مجمل
ثم بينه عليه السلم بقوله لصحابي خطب امراة انظر الى وجهها وكفيها والمراد
بقوله يجوز الاباحة لا الاعم الشامل لها وللندب فالامر فلينظر امر مستحب
لانتفاء الوجوب اجماعا قيل مثل فاصطادوا ولا يجوز النظر الى غير ذلك
لقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم وفي الرواية النظر الى الشعر ما رواه
عبد الله بن سنان قال قلت لابي عبد الله عليه السلم الرجل يريد ان يتزوج المراة
فيجوز ان ينظر الى شعرها قال نعم انما يريد ان يشتريها باغلى الثمن وفي الرواية
بالنظر الى المحاسن رواية غياث بن ابرهيم عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلم في
رجل ينظر الى محاسن امراة يريد ان يتزوجها قال لا باس انما هو مستام **قاعدة** في تحريم
النظر واباحته فهنا مقامات **الاول** في تحريمه وهو اقسام اربعة **القسم الاول**
نظر الرجل الى المراة فنقول كل اجنبية لا يريد نكاحها ولا حاجة الى النظر اليها
يحرم النظر الى ما عدا الوجه والكفين منها باجماع علماء الاسلام واما الوجه
والكفان فيحرم بتلذذ او خوف الفتنة اجماعا لقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من
ابصارهم وان لم يخف الفتنة قال الشيخ يكره ولا يحرم لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا ما ظهر منها وهو مفسر بالوجه والكفين وقال والدي في التذكرة يحرم النظر
اليهما كاحدهما وهو الاصح عندي لعموم الآية ولانه مظنة الشهوة و
الفتنة لان الخثعمية اتت رسول الله صلى الله عليه وآله وهو في حجة الوداع
تستفتيه في الحج وكان ابن عباس رديف رسول الله صلى الله عليه وآله فاخذ ينظر
اليها واخذت تنظر اليه فصرف النبي عليه السلم وجه الفضل عنها وقال رجل
شاب وامراة شابة فخشيت ان يدخل الشيطان بينهما لا يقال
لا دلالة فيه لانه عليه السلم صرح بخوف الفتنة ولا شك في تحريمه معه والمدعى
عدم الخوف لانا نقول علل بشبابهما وهو مظنة الشهوة وخوف الشيطان
وهو لازم لعدم العصمة في مثلهما ثم الكلام هنا في صور **أ**
الطفل الذي لم يظهر على عورات النساء اي الذي لم يبلغ مبلغا يحكي ما
يرى

يرى وحضوره كغيبته لا احتجاب منه ولا يجب عليهن الاستتار عنه لقوله تعالى
او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء ولو بلغ هذا المبلغ فان لم يكن ذا ثوران
شهوة او تشوق احتمل جواز نظره كما ينظر الرجل الى محارمه كما ان له الدخول
من غير استيذان الا في الاوقات الثلثة قال تعالى ليستاذنكم الذين ملكت
ايمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات الآية والاصح عندي التحريم
لظهوره على عورات النساء **ب** الممسوح وهو المجبوب الخصي الاصح عندي
انه كالفحل فلا يحل له النظر الى الاجنبية وان كان ... له وقواه الشيخ في
المبسوط وعليه استقر راي والدي قدس الله سره لعموم قوله تعالى قل للمؤمنين
يغضوا من ابصارهم وقال بعض علمائنا يجوز ان ينظر الى مالكته لقوله تعالى او
التابعين غير اولي الاربة من الرجال والجواب المراد بغير اولي الاربة
الشيخ الهرم الذي عدمت شهوته بالكلية لما رواه احمد بن اسحق عن الكاظم عليه
السلم قال قلت له يكون للرجل الخصي يدخل على نسائه يناولهن الوضوء فيرى شعورهن
فقال لا وترك الاستفصال مع قيام الاحتمال يدل على عموم المقال اما الوجه
مع سلامة حشفته او بالعكس فحكمه كالفحل اجماعا **ج** المملوك الفحل لا يجوز له النظر
الى مالكته اذا لم يكن محرما لها لعموم الآية وتنبيهه عليه السلم بقوله في قصة الخثعمية على
العلة وهي متحققة هنا وقال بعض هو كالمحرم ليجوز نظرها عليه ولقوله تعالى او ما ملكت
ايمانهن وما رواه اسحق بن عمار انه سال الصادق عليه السلم اينظر المملوك الى
شعر مولاته قال نعم والى ساقها والجواب ان التحريم قد يزول لخفته ويحرم
المحرم حكم ولانه المراد بها الجارية او المملوك الصغير لعموم قوله تعالى قل للمؤمنين
وتعزيز النص اولى **د** النظر الى الصبية الصغيرة التي ليست في مظنة
الشهوة الاجنبية جائز اتفاقا ولعدم الشهوة ولكن لا يجوز النظر الى
فرجها **ه** العجوز التي بلغت في الكبر الى انتفاء الشهوة يجوز النظر اليها لقوله
تعالى والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحا الآية وقيل يحرم لخلاف
الشهوات وليس بجيد لانه خلاف التقدير **القسم الثاني** نظر المراة الى
الرجل كنظر الرجل الى المراة لقوله تعالى قل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن
ولما رواه ام سلمة قالت كنت انا وميمونة عند النبي عليه السلم فاقبل ابن ام

مكتوم فقال لهما احتجبا عنه فقلنا انه اعمى فقال النبي عليه السلم افعمياوان انتما
القسم الثالث نظر الرجل الى الرجل لا يجوز بشهوة وريبة لقوله تعالى قل
للمؤمنين يغضوا من ابصارهم وان خلا عن الريبة والشهوة جاز له ان ينظر اليه
والى جميع بدنه ما عدا العورة وهي القبل والدبر خاصة عند اكثر علمائنا
وعند آخرين ما بين السرة والركبة عورة وليس بجيد **القسم الرابع**
نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى الرجل فيحرم لريبة وتلذذ ويجوز لها النظر
اليها من وراء الثياب ومجردة مع امن الفتنة **فرع** هل يجوز للذمية النظر
الى المسلمة قال الشيخ قولا بالمنع وان كان الى الوجه والى الكفين لقوله تعالى او
نسائهن وليست الذمية منهن قال والذي اقوى الجواز وهو الاصح عندي
كنظر المسلمة الى المسلمة **المقام الثاني** في اباحة النظر ومحله قسمان **الاول**
للحاجة وقد تقدم فيما مضى **القسم الثاني** المحرم وهي كل امرأة ملك وطؤها
او حرم مؤبدا بنسب او رضاع او مصاهرة بعقد او ملك يمين لا بشبهة **مسئلة**
يباح النظر الى الوجه والكفين والقدمين من المحارم المذكورين باجماع
الامامية ومن عدا من حرم بالمصاهرة منهن باجماع الامة ويحرم النظر الى القبل
والدبر من المحارم في غير الضرورة باجماع الامة واما الضرورة كمباشرة
العلاج وشهادة الايلاج فيجوز واما غيره لكن من البدن فاقوال ثلثة **ا**
الذي على الارضاع وهو ملحق بالوجه لشدة الحاجة اليه ومستنده الاعتياد
عند احاده والذي يدبر الارضاع ويدا انواناث **ب** الذي لا يدخل الارضاع
ج سائر البدن غير ما ذكرنا وفي هذين القسمين خلاف قيل بالاباحة لقوله
تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن او آبائهن او آباء بعولتهن الآية وقيل بالتحريم
لعموم قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم واختار والدي في التذكرة
الاول وهو الاباحة وهو الاقوى عندي وفي المطلب الثالث في الرضاع من
كتاب القواعد الثاني وهو التحريم **تنبيه** كل ما يحرم النظر اليه يحرم لمسه وما
يباح من الاجنبية يحرم اختيارا لمسه اجماعا لانه اقوى في التلذذ والاستمتاع
من النظر ولهذا لا يبطل الصوم بالانزال المستند الى النظر ويبطل
لو استند الى الملامسة واما المحارم فيجوز مس الوجه والكفين والقدمين
من المحارم واما غير ذلك لا لضرورة فعلى القول بالاباحة في يحرم لمسه
قولان

قولان احدهما يحرم لمسه وقولان احدهما يحرم لانه لا ضرورة اليه وثانيهما لا
يحرم وهو اختيار والدي في التذكرة وهو الاصح عندي **قال** قدس الله
سره والعضو المبان كالمتصل على اشكال **اقول** تقرير هذه المسئلة ان
ما لا يجوز النظر اليه وهو متصل هل يحرم النظر اليه بعد الانفصال قال المصنف
فيه اشكال منشأه من ثبوت التحريم قبل الانفصال والاصل بقاؤه وعموم النهي
عن النظر الى اعضاء الاجنبية وعموم الامر بغض البصر ومن انه ليس محل الشهوة
ولانه جسم عدم الحيوة فكان كسائر الجمادات والاصح عندي الاول **قال**
قدس الله سره ولو اجابت خطبة زيد ففي تحريم خطبة عمرو نظر **اقول** وجه النظر
ما روي عن النبي عليه السلم لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولانه دخول في سوم
المؤمن وهو منهي عنه والنهي يقتضي التحريم ولجيت **—** بمنع صحة السند والمقدمة
الاولى والثالثة في الثاني واحتجوا باصالة الاباحة **تنبيه** الاجابة التي
يحرم على القول بالتحريم هي التصريح بان تقول اجبتك الى ذلك او بالاذن لوليها في
التزويج منه ولو بالسكوت كما في البكر وهي ممن يعتبر اذنها واما التعريض
كقولها لا رغبة عنك فيكره وقيل يحرم لاطلاق الخبر وليس بجيد والاصح عندي
الكراهة في الكل واجابة الولي من المولى عليها كاجابتها ولو لم يعلم بالاجابة لم
يحرم ولم يكره ايضا **قال** قدس الله سره والمندوبة على خلاف **اقول** يحرم الصدقة
الواجبة على الرسول اجماعا وشاركه اولو القربى لكن التحريم عليهم بسببه فلهذا
عدها من خواصه وتحريمها عليه من بني هاشم وغيرهم بخلاف اولي القربى عندنا
فالتحريم الكلي مختص به عليه السلم وهل يحرم المندوبة توقف الشيخ في المبسوط
وجزم في الخلاف بالاباحة وليس هنا موضع بحثه **الباب الثاني**
في العقد وفيه فصلان **الاول** في اركانه **مقدمة** كل عقد لازم وضع الشارع
له صيغة مخصوصة بالاستقراء والنكاح عقد لازم فقد وضع الشارع له الفاظا
خاصة واتفق الكل على صيغتين نكحت وزوجت قال تعالى زوجناكها والكحناك
وقوله تعالى وانكحوا ما طاب لكم من النساء وقال تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم ٢
ثم اختلفوا في غيرهما فذهب الشيخ في المبسوط والسيد المرتضى وابن الجنيد

وابن ادريس والمصنف في المختلف الى انحصار الصيغة فيهما ومنع غيرهما وجوّز
آخرون متعلقة وقال ابن حمزة يجوز بغير العربية مما يؤدي معناه **قال** قدس
الله سره ولو قصد بلفظ الامر الانشاء قيل يصح كما في خبر سهل الساعدي **اقول**
القائل بالصحة الشيخ ابو جعفر الطوسي رحمه في المبسوط والخبر المذكور رواية
سهل بن سعد الساعدي ان الواهبة نفسها للنبي عليه السلم لما لم يقبل النبي عليه
السلم نكاحها قام رجل فقال زوجنيها يا رسول الله فقال زوجتكها بما معك من
القرآن الحديث وهو يدل ايضا على جواز تقديم القبول وجواز كون تعليم القرآن
مهرا وكون النبي عليه السلم اولى بالمؤمنين من انفسهم وعدم وجوب تقديم الخطبة
قالوا النبي لا يترك المندوب قلنا بل لبيان كونه مندوبا وقال المصنف في
المختلف وابن ادريس لا يصح بلفظ الامر وهو الاصح لانه ليس موضوعا للانشاء
والمجاز لا يكون سببا فيما الحقيقة سبب فيه قالوا مشترك قلنا المجاز خير منه
قال قدس الله سره ولو قال اتزوجك بلفظ المستقبل منشئا فقال زوجتك
جاز على رأي **اقول** الاصح عند المصنف في المختلف انه لا يصح لبعده عن
الانشاء واحتماله الوعد وهو اختيار ابن حمزة وقيل يجوز لما ذكر علته خبر
ابان بن تغلب في المتعة اتزوجك متعة فاذا قالت نعم فهي امرأتك ومنع صحة
السند والدلالة **قال** قدس الله سره ولو قال زوجت بنتك من فلان فقال
نعم بقصد اعادة اللفظ للانشاء فقال الزوج قبلت صح على اشكال **اقول**
ينشأ من ان نعم صريحة في اعادة ما تقدم من السؤال بمعنى الماضي فهي صريحة
في زوجت بنتي من فلان فكانه قاله بعينه لان الصريح في الصريح صريح ومن
حيث ان العقد سبب شرعي فيتبع فيه النص والالفاظ المجمع عليها زوجتك
وانكحتك ومتعتك على الخلاف فغيرها قياس في الاسباب والقياس عندنا
باطل مطلقا وفي الاسباب عند الكل ولا نسلم ان الصريح من الصريح سبب تام
فيما الصريح سبب تام فيه والاقوى عندي انه لا يصح لان المعتبر نفس الصيغة
المخصوصة بمادتها وصورتها فكلاهما عند اهل الشرع معتبر لان اقامة غير
السبب مكانه من الاغلاط وهو اختيار المصنف في المختلف **قال** قدس
الله

الله سره ولو ادعى زوجية امرأة وادعت اختها زوجيته واقاما بينة حكم
لبينتها ان كان تاريخها اسبق او كان قد دخل بها والا حكم لبينته والاقرب
الافتقار الى اليمين على التقديرين الا مع السبق **اقول** هذه المسئلة منصوصة صح
فلذلك حكم بها وانما حكم لبينتها مع الدخول وتاخرها لشهادة الظاهر الاصل
النص عليها وان لم يكن تاريخها اسبق ولا دخل بها ففيه صورتان **آ** ان
يكون تاريخه اسبق فيحكم له بلا شك **ب** ان يقترن التاريخان فيقدم بينته
وهو خلاف الاصل لكن النص عليه ففي تقديم البينة تقديران احدهما تقديم
بينة المرأة والثاني تقديم بينة الرجل واياهما عنى بالتقديرين وعلى كل
واحد من التقديرين اما ان يكون المقدم سابق التاريخ او لا وكلما كان المقدم
سابق التاريخ لم يحتج الى اليمين قطعا واما اذا لم يكن سابق التاريخ كما في تقديم
بينتها على تقدير الدخول بها واتحاد تاريخ البينتين وحكمه او تاخر تاريخ
بينتها وتقديم بينته مع اتحاد تاريخ البينتين وعدم الدخول يحتمل الاحتياج
الى اليمين لان مقتضى القاعدة الكلية انه مع اتحاد تاريخ البينتين وعدم
الدخول يحتمل التاريخ التساقط وسقوط متاخرة التاريخ فضعفت البينة
لذلك واحتاجت الى اليمين لتقويتها والزوج منكر ولم يتقدم تاريخ بينتها فكان
عليه اليمين جمعا بين النص والقاعدة الكلية المنصوصة ويحتمل عدم الاحتياج
الى اليمين لان النص جاء على الحكم بالبينة ولم يشترط اليمين فلو شرطنا اليمين
لزم اقامة جزء السبب مقامه وهو ممنوع منه **قال** قدس الله سره وفي ايجاب
الحكم في مثل الام والبنت اشكال **اقول** ينشأ من عموم النص عليه وكلما
هو خلاف الاصل يقتصر به على صورة النص ومن اتحاد صورة الدعوى ولا
مدخل للاخوة في هذا الحكم بل انما هو لتحريم الجمع وهو مشترك وهذا الاحتمال
عندي في غاية الضعف لان تعدية الحكم من المنصوص عليه الى غيره لمعنى
مشترك هو القياس الممنوع منه ولان الاسباب لا تتعدى عنها النص ع

الفصل الثاني في الاولياء وفيه مطالب الاول في اسبابها مقدمتان

آ لما كان النكاح في بعض الصور عندنا وفي الكل عند المخالف موقوفا على صحه
صدوره عن الولي كان البحث عن الولي من مقدمات النكاح فلذلك

الكافر بحث عنه هنا ب شرط الولي على المسلم الاسلام وحكم المسلم عام مقدم
على ولاية الذمي على الذمي فالجد المسلم اولى بالولاية على الكافر المسلم من الاب كما
لو اسلم الجد وابنه وبنته البكر البالغان كافران او كانت بنت الابن البالغ
الكافر صغيرة ثم اسلم الجد وقلنا لا تتبعه في الاسلام وبالعكس كما لو اسلم الابن
وبنته البكر البالغة رشيدة باقية على الكفر وابوه كافر قال قدس الله سره وهل
يشترط في ولاية الجد بقاء الاب لا اقول ثبوت ولاية النكاح
للجد للاب مع بقاء الاب لم نعرف فيه مخالفا من الاصحاب الا ابن ابي عقيل فان
الظاهر من كلامه نفيه فانه قال الولي الذي هو اولى بنكاحهن هو الاب دون
غيره من الاولياء وقيل يحتمل لقول الصادق عليه السلم الذي بيده عقدة النكاح
هو ولي امرها ثم اختلف القائلون بالولاية في مقامين أ البكر البالغة الرشيدة
هل عليها ولاية ام لا وليس هنا موضع بحثه ب هل يشترط في ولاية الجد بقاء
الاب قال الشيخ والصدوق رحمهما الله نعم وهو اختيار ابن الجنيد وابي الصلاح
وابن البراج وقال المفيد والمرتضى وسلار وابن ادريس لا وهو اختيار المصنف
وهو الحق عندي احتج الاولون بما رواه ابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلم
قال لا تزوج ذوات الاباء من الابكار الا باذن ابائهن وما رواه محمد بن مسلم عن
احدهما عليهما السلم قال لا تستأمر الجارية اذا كانت بين ابويها ليس لها مع
الاب امر وقال تستأمرها كل احد ما عدا الاب احتج الاخرون بما
رواه عبيد بن زرارة في الموثق قال قلت لابي عبد الله عليه السلم الجارية
يريد ابوها ان يزوجها من رجل ويريد جدها ان يزوجها من رجل فقال الجد اولى
لحيث فقد ثبت بهذه الرواية ان ولاية الجد اقوى والاضعف ليس شرطا في
الاقوى واجابوا عن حجة الشيخ بحمل الروايات على الكراهة جمعا بين الا
حاديث ولقائل ان يقول الصحيح مقدم على الموثق **المطلب الثالث**
في المولى عليه قال قدس الله سره ولو زوج بغير اذن فسد فان دخل وجب مهر
المثل على اشكال اقول اي اذا زوج السفيه بغير اذن الولي فسد
فان وطئ قال المصنف هنا في وجوب مهر المثل اشكال ومنشاؤه انا اذا
ابطلنا العقد لم يجب عليه مهر بسببه فلو اوجبنا عليه المهر لاثبتنا المسبب
مع بطلان

لبطلان العقد والحكم اذا رجع على اصله بالابطال لم يصح وفيه نظر لان
الحكم عدم الوجوب بالعقد والثابت هنا الوجوب بالجناية ويحتمل وجوب
مهر المثل لان العقد لا ينقص عن الشبهة فقد استوفى منافع البضع استيفاء
غير محرم مع بطلان العقد فيجب مهر المثل ويحتمل وجوب اقل الامرين لان
مهر المثل ان زاد على المسمى لزم من ابطاله حفظا للمال تضييع ذلك المال وانه
مناف للحكمة وللاصحاب في هذه المسألة اقوال ثلثة أ قال الشيخ في المبسوط
عليه مهر المثل ب لا شيء عليه نقله الشيخ في المبسوط عن قوم ثم قال وهذا
قوي لانها هي المتلفة لبضعها بتسليمها نفسها ج ان كانت المرأة عالمة لم
يكن لها عليه شيء وان لم تكن عالمة كان لها عليه مهر المثل وهو اختيار ابن البراج
ولتعلم انه لا بد وان تكون جاهلة بتحريم الوطء فانها لو علمت بطلان العقد
وتحريم الوطء كانت زانية فلا يثبت لها شيء قطعا قال قدس الله سره ولو
لم يأذن الولي مع الحاجة اذن له السلطان فان تعذر ففي صحة استقلاله نظر
اقول ينشأ من ان له النكاح ويتولاه غيره فاذا تعذر غيره وهو الذي له ان يتولاه
كان له توليته بنفسه والا لزم الضرر وهو منفي لقوله عليه السلم لا ضرر ولا اضرار
ولانه قد يؤدي الى الزنا وحفظ الدين اولى من حفظ المال ولانه يلزم الحرج العظيم
وهو منفي لقوله سبحانه تعالى ما جعل عليكم في الدين من حرج ومن حيث انه
ليس له ان يتولاه لسلب الشارع الولاية عنه وذكر الشيخ الطوسي فيه
الوجهين في المبسوط والاصح عندي جواز ان يتولاه بنفسه لما ذكرنا قال
قدس الله سره وامة المرأة تزوجها سيدتها ولا يحل نكاحها من غير اذن سواء
المتعة والدائم على رأي اقول هذا اختيار المفيد وابن ادريس خلافا للشيخ
في النهاية حيث جوز المتعة بها بغير اذن المالكة لكن الافضل عنده استيذانها
ثم رجع الشيخ عن هذا القول لنا قوله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن
ولانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فلا يصح احتج الشيخ بما رواه
سيف بن عميرة عن علي بن المغيرة في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن
الرجل يتمتع بامة امرأة بغير اذنها قال لا بأس به والجواب ان سيف بن عميرة

انه صح

الا ان يقال ... سهوا بالعلم وهو ... استتارتها على ... وولد الى الزنا

البكر م

في المنقطع والدائم **أقول** للأصحاب هنا أقوال عشرة **آ** أنه لا ولاية على البالغة الرشيدة مع
اضطراب في الواسطة وعدمها **قال** قدس الله سره والأقرب استقلال المعتق
في المرض بالتزويج **أقول** وجه القرب أنه جعل لها جميع التصرفات التي للحرة
في نفسها وكان كالدنه من جملتها النكاح لأن دلالة العام على كل واحد من
أفراده مع عدم المخصص حجة كالنص ويحتمل العدم لأنه معلول للحرية في الكل
والجهل بالعلة تستلزم الجهل بالمعلول **قال** قدس الله سره والأقرب استقلال
المعتقة ولا ولاية على البالغة الرشيدة في الدائم والمنقطع بل أمرها بيدها وهو
اختيار والدي المصنف والمرتضى وابن الجنيد وسلار وأحد قولي المفيد **ب** الولاية
على البكر البالغة الرشيدة للأب دونها اختاره الشيخ في النهاية وابن بابويه
وابن أبي عقيل **ج** الولاية مشتركة بينها وبين أبيها فليس لأحدهما الاستقلال به
وهو أحد قولي المفيد **د** الولاية مشتركة بينها وبين أبيها وجدها وليس لأحدهم
الانفراد به وهو اختيار أبي الصلاح **ه** أن لها أن تنكح نفسها متعة بدون إذن أبيها
لكن لا يطأها في الفرج ذكره الشيخ رواية في النهاية واختاره ابن البراج
والحق عندي اختيار والدي المصنف لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره جعل النكاح
إليها وهو عام في المدخول بها وغيرها وما رواه منصور بن حازم في الصحيح عن الصادق
عليه السلام قال تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح إلا بأمرها وما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام
قال إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع وتشتري وتعتق وتشهد وتعطي من مالها ما
شاءت فإن أمرها جائز تتزوج إن شاءت بغير إذن وليها فإن لم تكن كذلك فلا يجوز
تزويجها إلا بأمر وليها جعل ولاية المال مدارا لولاية النكاح وجودا وعدما
احتج الشيخ بما رواه ابن أبي يعفور في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال لا تزوج
ذوات الآباء من الأبكار إلا بإذن أبيها ورواية زرارة لا تعارضها لأن الصحاح
مقدمة على غيرها والجواب بالجمع بالروايات **المطلب الرابع** الكفاءة معتبرة
في النكاح **قال** قدس الله سره ويجوز للمؤمن أن يتزوج بمن شاء من المسلمات وليس
له أن يتزوج بكافرة حربية إجماعا وفي الكتابية خلاف أقربه جواز المتعة خاصة **أقول**
النص والإجماع على تحريم من عدا الكتابيات من الكفار وأما الكتابيات فقسمان أحدها
اليهود والنصارى وللأصحاب هنا أقوال ستة **آ** تحريم نكاحهن بكل أنواع
النكاح وهو اختيار المرتضى والشيخ في كتابي الأخبار والظاهر من كلامه
في

في الخلاف والمبسوط فإنه جعله مذهب المحصلين من أصحابنا وهو أحد قولي
المفيد أيضا وقواه ابن إدريس **ب** أنه تباح المتعة اختيارا والدوام اضطرارا
ويحرم اختيارا وهو اختيار الشيخ في النهاية وابن حمزة وابن البراج **ج** يجوز على
عين لا ينعقد نكاح وهو أحد قولي المفيد في باب عقد الإماء **د** يباح متعة
وملك اليمين ويحرم الدائم وهو اختيار أبي الصلاح وسلار **ه** تحريم نكاحهن مطلقا
اختيارا ويجوز مطلقا اضطرارا وهو اختيار ابن الجنيد **و** صحة نكاحهن بكل
أنواع النكاح وهو قول ابن بابويه وابن أبي عقيل والأول وهو التحريم مطلقا هو الصحيح
عندي والذي استقر عليه رأي والدي المصنف عليه في البحث **لنا** وجوه **آ** أنهن
مشركات وكل المشركات نكاحهن حرام فنكاح اليهودية والنصرانية حرام أما الصغرى
فلقوله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله إلى قوله تعالى
سبحانه عما يشركون فهم مشركون وقوله تعالى اتخذوا أحبارهم ورهبانهم
أربابا من دون الله والمسيح ابن مريم وأما الكبرى فلقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات
حتى يؤمن والجمع المحلى بلام الجنس للعموم **ب** النكاح تمسك بعصمة وهو
ظاهر إذ ليس للزوجين عصمة وكل تمسك بكل واحد واحد من عصم الكوافر
حرام لقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر والجمع المضاف للعموم **ج** قوله تعالى
لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة وللاستواء كل شامل للاستواء من كل
وجه ومن بعض الوجوه ونفي الكلي إنما يصدق بنفي كل جزئياته ومن جملتها الاستواء
في الكفاءة **د** النكاح مستلزم للمودة لقوله تعالى وجعل بينكم مودة ورحمة وكل
مودة لكل كافر حرام لقوله تعالى لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون
من حاد الله ورسوله الآية **لا يقال** الكبرى ليست كلية لقوله تعالى لا ينهاكم
الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا
إليهم الآية لأنا **نقول** هذه الآية منسوخة الحكم ولكل منا في الأقوال حجج
وقد ذكرها والدي المصنف قدس الله سره في المختلف وأجاب عنها **القسم الثاني**
المجوسية واختلف فيها فكل من منع من اليهودية والنصرانية منع منها
قطعا والقائلون بالجواز ثم اختلفوا في المجوسية فمنع بعضهم وأجاز
الآخرون وباقي تمام البحث فيها **قال** قدس الله سره وهل التمكين من النفقة
شرط فيه نظر أقربه العدم **أقول** اختلف الناس في التمكين

من النفقة على اقوال أ انه شرط وهو قول الشيخ في المبسوط ب ليس بشرط
وهو اختيار والدي المصنف والشيخ في النهاية وابن الجنيد وابني البراج وابن حمزة
ج انه ليس بشرط لكن للمراة خيار الفسخ مع عدم اليسار بنفقتها اختاره ابن ادريس
والاصح عندي اختيار والدي المصنف لقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين
من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ولا فائدة في الامر هنا
مع تسلط المراة على الفسخ ولما روي عن علي عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم
انه قال اذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه وروي انه قال النبي صلى الله
عليه وآله وسلم في جواب رجل سأله قال يا رسول الله لمن نزوج قال للاكفاء فقال
يا رسول الله من الاكفاء فقال المؤمنون بعضهم اكفاء بعض للحديث والجواب المعرف
باللام بل المساوي في العموم والخصوص قال قدس الله سره ولو تجدد عجز فالاقرب
عدم التسلط على الفسخ اقول على القول بان اليسار بالنفقة شرط في لزوم العقد
فمع تجدد العجز تسلط على الفسخ واما على القول بالعدم فيحتمل ذلك لانه ضرر
عظيم على المراة ونقله ابن ادريس عن بعض علمائنا والاقرب العدم لان النكاح
عقد لازم والاصل لزومه ودلالة الاستقراء ولقوله تعالى فان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة
وهو عام الحجة للاولين بقوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان
والامساك مع تعذر الانفاق ليس بامساك بمعروف فتعين الاخر واذا تعذر
صدوره من الزوج فسخ الحاكم لانه الولي ونقل شيخنا نجم الدين بن سعيد عن بعض
علمائنا ان الحاكم يبينها وهي رواية ربعي والفضيل بن يسار جميعا عن ابي عبد
الله عليه السلام قال ان انفق عليها ما يقيم صلبها مع كسوة والا فرق بينهما قال
قدس الله سره ولو انتسب الى قبيلة فبان من غيرها فالاقرب انتفاء الفسخ اقول
قال الشيخ في النهاية اذا انتمى الرجل الى قبيلة وتزوج فوجد على خلاف ذلك
بطل التزويج واختاره ابن الجنيد وابن حمزة وجعله ابن البراج في كتابيه معا
رواية وقال في المبسوط الاقوى انه لا خيار لها ومن الناس من قال لها
الخيار وقد روي ذلك في اخبارنا وقال ابن ادريس لها الفسخ لاصالة البقاء ليس مع
ولقوله تعالى اوفوا بالعقود ثم قال انه تدليس يرد به من حيث التدليس
بالشرط وفرق بين التدليس والعيب بان العيب يرد به وان لم يشترط
السلامة منه في حال العقد بل لمجرد العقد يرد بعيب الخلقة واما التدليس
فاذا

فاذا شرط في نفس العقد وخرج خلافه فانه يرد به النكاح وقال المصنف في
المختلف اذا انتسب الى قبيلة فبان من ادنى منها بحيث لا يلائم شرف المراة كان لها
الخيار في الفسخ واحتج عليه بما رواه الحلبي في الصحيح قال في رجل يتزوج المراة
فيقول انا من بني فلان فلا يكون كذلك قال يفسخ النكاح او قال يرد والاقوى عندي
انه لا فسخ ان لم يشترط في نفس العقد وان شرط كان لها الفسخ لان الاصل بقاء النكاح
قال قدس الله سره وكذا كل من عليه ولاية على النكاح الا الامة فان لها الخيار بعد
العتق وان زوجها ابوها الحر باذن مولاها للاب على اشكال اقول المسألة
هي ان الجارية المملوكة الصغيرة اذا زوجها ابوها الحر باذن مولاها ثم اعتقت
بعد بلوغها هل لها الفسخ ام لا قال والدي المصنف فيه اشكال ينشأ من انها صغيرة
زوجها ابوها فتدخل تحت عموم عدم الفسخ ولان الفسخ انما هو لعقد عقده
المالك وهنا عقده الاب ومن ان الاب قد ارتفعت ولايته بولاية المولى وقد بلغ قبالا
زوجها بنيابة عن المولى فلا يؤثر للابوة في ثبوت الولاية والتحقيق ان نقول هذه
المسألة مبنية على مسألة اخرى هي ان ولاية الاب هل هي مسلوبة عن المملوكة او ممنوعة
بحق المولى فعلى الاول لها الفسخ وعلى الثاني يحتمل ان باذن المولى زال المانع
حقه فاثر السبب ويحتمل ان يقال لا لان رفع المانعية بالاذن لا المقتضي لمانعية الرقية
وهي لم تزل ولان الرقية سبب مؤثر في سلب الولاية فلو كانت الابوة مؤثرة ايضا
لزم اجتماع علتين تامتين على معلول واحد شخصي وهو محال والاب انما عقد
بنيابة ووكالة عن المولى وهي توجب خيار الفسخ بعد العتق وبناؤها ان الاسباب
الشرعية هل هي علل مؤثرة او علامات فعلى الاول لها الفسخ وعلى الثاني لا لامتناع
اجتماع المؤثرين في الاول وصحة اجتماع العلامتين ودلالة كل واحدة منهما
ولا ترتب مزاحمة للاخرى والحق عندي ان لها الفسخ لانه لا اعتبار بالابوة
حال العقد قال قدس الله سره ولكل من الاب والجد تولي طرفي العقد وكذا
غيرهما على الاقوى الا الوكيل فانه لا يزوجها من نفسه الا اذا اذنت فيصح على
رأي اقول هنا مسائل أ هل يصح من واحد ان يتولى طرفي عقد النكاح
بوكالة عن الزوج وعن الزوجة او بوصية عن ابيهما او بالتفريق الاصح عند والدي
المصنف وعندي الجواز اذ الاصل عدم مانعية احدى الوكالتين للاخرى اذ المانعية
هنا حكم شرعي لا يثبت الا بالنص كالسببية والشرطية ونقل عن بعض علمائنا المنع

ب لو وكلته في أن يزوجها من نفسه قال والدي المصنف يصح وهو الأصح
عندي وهو اختيار ابن الجنيد للأصل ولأنه عقد صدر من أهله في محله فكان لازماً
كغيره ولقوله تعالى أوفوا بالعقود ونقل عن بعض علمائنا المنع لما رواه عمار الساباطي
قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل
بيتها أيحل لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها تقول له قد وكلتك فاشهد
على تزويجي قال لا قلت جعلت فداك وإن كانت أيماً قال وإن كانت أيماً قلت فإن
وكلت غيره بتزويجها منه قال نعم ولأنه يلزم أن يكون موجباً قابلاً والجواب آ ضعف
سند الرواية بعد عدم دلالتها على المنع لأن المنفي للاكتفاء بقولها وكلتك فاشهد
ومنع امتناع اللازم في الثاني قال قدس الله سره ولو زوج الولي بدون مهر
المثل فالأقرب أن لها الاعتراض أقول لأنه معاوضة فاعتبر ونقل عن بعض
الفقهاء عدم الاعتراض لأنه ليس معاوضة محضة لجواز إخلاء العقد عن ذكر المهر
ولأن المقصود من النكاح النسل وكف النفس عن الشهوة والمهر تابع ولأن له
العفو عنه لقوله تعالى إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح والأقوى
عندي هو الأقرب عند والدي قال قدس الله سره ولو زوج الفضولي
وقف على الإجازة من المعقود عليه إن كان حراً رشيداً أو من وليه إن لم
يكن ولم يقع باطلاً من أصله على رأي أقول اختلف الناس في أن عقد
النكاح هل يقع موقوفاً على الإجازة أو لا على أقوال ثلاثة آ أنه يقع موقوفاً كما
إذا زوج الفضولي فإن أجاز من عقد عنه الفضولي صح وإلا فلا وهو قول
المفيد والمرتضى والشيخ في النهاية وابن أبي عقيل وسلار وابن البراج وأبي الصلاح
وابن إدريس ووالدي المصنف ب أنه لا يقف على الإجازة بل إما أن يقع لازماً
أي لا يتوقف إباحة الوطي على الإجازة أو يبطل فعقد الفضولي باطل من أصله وهو اختيار
الشيخ في الخلاف والمبسوط ج قول ابن حمزة أنه يقع موقوفاً في تسعة مواضع وهي
عقد البكر الرشيدة مع حضور الولي على نفسها وعقد الأب على ابنه الصغير وعقد
الأم عليه وعقد الجد مع عدم الأب وعقد الأخ والأم والعم على صبية وتزوج
الرجل عبد غيره بغير إذنه وتزويج العبد بغير إذن سيده فإن أجاز الولي
أو المعقود له أو عليه أو سيده صح وإلا انفسخ والذي أفتي به بطلان عقد الفضولي
مطلقاً

مطلقاً لأن العقد سبب الإباحة فلا يصح صدوره من غير معقود عليه أو ولي
ولأن رضا المعقود عليه عنه أو وليه شرط والشرط لا يتأخر عن المشروط
ولأنه يصدق هذه نكحت بغير إذن وليها إذ النكاح حقيقة في العقد إجماعاً وكل
نكاح معقود عليه بغير إذن المولى باطل لقول النبي عليه السلام أيما امرأة نكحت بغير إذن
وليها فنكاحها باطل احتج والذي بما رواه ابن عباس أن جارية بكراً أتت النبي
صلى الله عليه وآله فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وآله
وما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام عن رجل زوجته أمه وهو غائب قال النكاح
جائز إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك الحديث والجواب عنهما معاً المنع
من صحة السند ولأن الفرج أصعب من المال ويبطل عقد الفضولي في المال لأن
التصرف في مال الغير بغير إذنه قبيح عقلاً فالفرج أولى قال قدس الله سره
ولو زوج الأب أو الجد له الصغيرين فمات أحدهما ورثه الآخر ولو عقد الفضولي
فمات أحدهما قبل البلوغ بطل العقد والمهر والميراث ولو بلغ أحدهما وأجاز أحلف
على عدم سببية الرغبة في الميراث وورث فإن مات بعد الإجازة وقبل اليمين
فالإشكال أقول ينشأ من اشتراط الميراث بالمجموع وهو يفوت بفوات أحد أجزائه
إذ عدم الجزء موجب لعدم الكل من حيث هو كل ومن أنه قد حصل مقدمتان آ أن
العقد إذا أجازه أحدهما ومات لم يبطل مطلقاً بل يكون مراعى فإن أجاز الآخر
حكمنا بصحته لأنه لو حلف لورث فلو كان الموت مبطلاً مطلقاً لم يؤثر اليمين في صحته
ب الميراث تابع للصحة لأن العقد علة في الميراث بشرط الصحة وبطلان العلة
يستلزم بطلان المعلول فإذا حكم بصحته مع الإجازة حكمنا بالميراث لأنه تابع
للنكاح الصحيح وهذا إنما يأتي مع القول بكون الإجازة كاشفة وعندي
أن هذه المسألة ليس فيها إشكال بل لا إرث قطعاً لأن إرثه مع اليمين على خلاف الأصل
وكلما هو على خلاف الأصل فإنه يقتصر فيه على موضع النص ولم يرد نص على الميراث
مع عدم اليمين هنا فلا ميراث قال قدس الله سره ولو حلف عزل نصيبه ولو
نكل ففي المهر وتوريثه منه إشكال أقول هنا مسألتان آ ثبوت المهر في
ذمته ومنشأ الإشكال اعترافه بثبوت النكاح فيحكم عليه به وعدم ملزمه وهو المهر

ووقوف لزوم النكاح على اليمين ولم يحصل ب انه على تقديره هل يثبت الارث منه
اشكال ينشأ من انهما معلولا علة واحدة هي النكاح ولزومه وثبوت احد المعلولين
يستلزم ثبوت الآخر لاستحالة وجود المعلول بدون علته واستحالة تخلف المعلول
عن علته فثبوت المهر وعدم الارث منه الجمع بين المتنافيين ومن توقف الارث على اليمين بالرواية
المذكورة ولم يحلف فلا ارث ولانه لو ورث منه لورث من كل التركة لعدم الفرق
بينهما والاقوى سقوط قدر نصيبه منه عنه لان النكاح اما صحيح فيجب الارث
فيسقط عنه بقدره او باطل فيسقط الكل فعلى كل تقدير يسقط قدر نصيبه ولو كان
عينا تحققنا ملكيته قدر نصيبه لانه ان كان باطلا فالكل باق على ملكه وان كان
صحيحا ملك قدر نصيبه فقدر نصيبه مملوك له قطعا وانما الاشتباه في سببه
قال قدس الله سره وفي استحباب الحكم من البالغين اذا زوجهما الفضوليان اشكال
اقربه البطلان اقول ينشأ من ان الحكم في الصغيرين باعتبار مباشرة الفضولي
العقد وهو هنا ثابت ومن عدم النص عليه والاصح عدم الاستحباب وبطلان
بموت احدهما بعد اجازته وقبل اجازة الآخر وهي مسألة لانه على خلاف الاصل
فلا يتعدى محل النص قال قدس الله سره ولو تولى الفضولي احد طرفي
العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة فلو كان زوجا حرم عليه الخامسة
والاخت والبنت والام الا اذا فسخت على اشكال في الام اقول معناه لو عقد
على البنت الفضولي عنها وباشر الرجل القبول ثم فسخت البنت هل تحل له الام بفسخها
اشكال ينشأ من تحريمها بنفس العقد الصحيح اللازم وقد ثبت من جهته فانه
ليس له فسخه فيترتب احكامه عليه بالنسبة اليه ومن ان الفسخ هنا رفع النكاح
من اصله فكانه لم يوجد وايضا فلانه انما يحرم اما بالدخول او بالعقد الصحيح
والاول منتف والثاني لانه يتم بالايجاب والقبول ولا يتم باحدهما قطعا ومن شرط
صحة كل واحد منهما صدوره عن المالك او وكيله او وليه او اجازته عند
بعضهم ووقع في الكتاب ضد الصحة فيكون باطلا فيكون وجوده كعدمه في سوى
الاحكام فلا اعتبار بالقبول اذن وهو المطلوب وهذا هو الاصح عندي لان
الاجازة اما شرط او جزء على اختلاف القولين قال قدس الله سره
وفي الطلاق نظر لترتبه على عقد لازم فلا يبيح المصاهرة اقول
منشأ

منشأ النظر ذكر المصنف وجهاً منه وهو ان الطلاق يترتب على عقد لازم لانه رفع نكاح
ثبت بصيغة انت طالق والنكاح لم يثبت فلا يصح الطلاق فلا يبيح المصاهرة ولان الطلاق
قطع لاستدامة النكاح الثابت وبمجرد عقد الفضولي لا يثبت النكاح والا لكان الفضولي
وكيلا هذا خلف ولان الطلاق لا يقع موقوفا على الاجازة بل اما باطل في نفسه او لازم
فلزمه لازم لصحته وشرطه ثبوت النكاح قبله والنكاح معلول للاجازة على
القول بها او للاذن ابتداء وثبوت المعلول من دون العلة محال وهنا لازم من جهته
وله طريق الى رفعه بالطلاق لان ثبوت نكاح ولزومه وليس للزوج المكلف الطلاق
منه قبل الدخول لا يتصور ولم يرد به الشرع وعلى القول بان الاجازة لنكاح الفضولي
كاشفة عن لزومه والفسخ كاشف عن فساده فيكون الطلاق مراعا فاذا طلق الزوج حكمنا
بعدم النكاح بعده لانه اما ان تجيز من عقد عنه الفضولي اولا وعلى الاول يقع الطلاق
للمقدمتين المذكورتين فتبين المرأة به وان فسخ النكاح تبينا بطلانه لحكمنا بعدمه
في المستقبل ويلزم من ذلك اباحة المصاهرة بعده لكن المقدمتين المبني عليهما هذا الدليل
ضعيفتان وعلى القول بان الاجازة شرط او سبب هذا الدليل باطل فاسد والا لوقع الطلاق
موقوفا وهو باطل اجماعا والتحقيق انه لو صح الطلاق لزم احد الامرين اما وقوف الطلاق
على الاجازة او لزوم النكاح للمرأة من غير رضى ولا اجازتها واللازم بقسميه باطل والملزوم
مثله بيان الملازمة ان بعد الطلاق اما ان يبقى لفسخ المرأة اثر في رفع النكاح اولا فان
لم يكن موثرا لزم لزوم النكاح لها اذ الطلاق من توابع النكاح وهو علة معه وان
كان له اثر فانه رفع النكاح من اصله فكانه لم يوجد فيبطل الطلاق لانه من اثاره ومبني
على صحته ولزومه فيكون الطلاق موقوفا واما بطلان اللازم فاجماعي وايضا لو صح
الطلاق لتوقف استباحة نكاح الغير لها عليه لكن التالي باطل فكذا المقدم
قال قدس الله سره ولو اذن المولى لعبده في التزويج صح فان عين المهر والا انصرف الى
مهر المثل فان زاد على التقديرين فالزائد في ذمته يتبع به بعد العتق والباقي على مولاه
وقيل في كسبه وكذا النفقة اقول للاصحاب في هذه المسألة اقوال أ
لزوم المهر والنفقة للسيد وهو اختيار والدي المصنف في هذا الكتاب وقول ابن ادريس
لانه اذن في شيء فيلزمه توابعه ولان وجوب النفقة لا يمكن ان يكون في ذمة العبد
بعد عتقه قطعا وهو اجماع الامة ولا يمكن ان يتعلق بكسبه لانه من مال العبد ويستحيل
ان يوجب الله تعالى على العبد شيئا في ماله ويسلبه اهلية التملك لانه يكون تكليفا

بالمجاز وهو محال فتعين ان يكون من مال السيد والوجوب عليه فيكون في ذمته يحجر من
ابن شاء فكذا المهر اذا لم يف ج قول الشيخ في المبسوط وهو انه يجب في كسب العبد بمعنى
انه يجب على العبد الاكتساب لاداء النفقة والمهر قال فيه فان لم يكن مكتسبا قال قوم يتعلق
برقبته لان الوطي في النكاح بمنزلة الجناية ومنهم من قال يتعلق بذمته لانه حق لزمه
باختيار من له الحق وكان في ذمته كالقرض والاول أليق بمذهبنا ثم قال يتعلق برقبته
على ما اخترناه فان امكن ان يباع منه كل يوم بقدر ما يجب عليه من النفقة فعل وان
لم يمكن بيع كله كما قيل في الجناية ووقف ثمنه ينفق عليها منه فقد انتقل ملكه
شيئا عن السيد الى آخر هذا لفظه في المبسوط وفيه نظر لانه بعقد البيع صار للغير
البايع فلا ينفق منها [illegible] الثاني وانما [illegible] لكن في النفقة الا لعنه
الواجبة تحملكه ولفظه لا يعطي ذلك بل ينافيه د قول ابن حمزة وهو انه ان
كان العبد مكتسبا تخير سيده بين جعل النفقة من كسبه والانفاق من خالص ماله
وان لم يكن مكتسبا فعلى السيد واختاره ره والذي في المختلف والحق عندي قول ابن ادريس
قال قدس الله سره ولو زوجها الوكيلان او الاخوان مع الوكالة صح عقد السابق ط
المقولة ولو اتفقا بطلا او العمر ولا ميراث وحكم بعقد اكبر الاخوين أقول
اختاره والذي المصنف هنا هو اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف وابن ادريس وهو
الحق وقال في النهاية يحكم بعقد اكبر الاخوين وهو اختيار ابن البراج وابن حمزة
لنا الموجب للصحة هو الوكالة وهما متساويان فيها وقد تعارضا فترجيح احدهما
ترجيح بلا مرجح فلا يصح واعتمد الشيخ على رواية وليد بياع الاسفاط قال
سئل ابو عبد الله ع وانا عنده عن جارية كان لها اخوان زوجها الاكبر بالكوفة وزوجها
الاصغر بارض اخرى قال الاول احق بها الا ان يكون الآخر قد دخل بها فان دخل بها فهي
امرأته ونكاحه جائز وحملها الشيخ في كتابي الاخبار على وقوع العقدين معا وكانا
وكيلين قال والذي قاله ابن وليد هو انه صحيح او غيره من الثقات فالخبر صحيح
واقول الوليد مجهول ولا دلالة للرواية على المطلوب لان قوله عليه السلام الاول
المراد به في العقد لا في السن الا هنا لانه موافق للاصول ولانه عليه السلام رتب على
الاول ما العقد قال قدس الله سره ولو زوجته للام فرضي صح وان رد بطل وقيل
يلزمها المهر ويحمل على ادعاء الوكالة أقول اختار المصنف هنا انه لا يلزمه
المهر وهو مذهب ابن ادريس وهو الحق عندي والقائل بلزوم المهر الشيخ وتبعه
ابن

ابن البراج والحجة الشيخ برواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام انه سأله رجل
زوجته امه وهو غائب قال النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك فان
ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه اجاب المصنف بحمل الرواية على ادعاء
الام الوكالة ولم يثبت فانه يضمن المهر لانها قد فوتت عوض البضع على الزوجة وغرتها
بدعوى الوكالة فضمنت عوضه وفيه نظر لان الرواية اعم ولا دلالة للعام على الخاص ولان
ضمان البضع بالتفويت بمباشرة للوطي مع كونه غير محرم عليها لا يعتبر ذلك قال قدس
الله سره ولو ادعى اذنها فانكرته قبل الدخول قدم قولها مع اليمين وان نكلت حلف الزوج
وثبت العقد بعقد لا مرتب تقديم قوله لدلالة التمكين عليه أقول ومن حيث انها انكرت
وعدم قوله عليه السلام واليمين على من انكر قال قدس الله سره ولو وكل في ابتياع العقد
مباشرة ونحو كلا لوان وكل عن له الزوج وهل له جعل المشتبه اليه الاقوى ذلك أقول
منع الشيخ في المبسوط من ذلك وقوى انه لا بد من تعيين الزوج ولا ينفع بدونه واختيار
المصنف هو الصحيح للاصل والمراد بالولي هنا الولي الاجباري كالاب والجد له (٥)
قال قدس الله سره وليقل المرأة او وليها لوكيل الزوج او وليه زوجت من
فلان ولا تقول منك وليقل الوكيل قبلت لفلان ولو قال قبلت فالاقرب الاكتفاء ادر
أقول يريد بقوله او وليها ولي المرأة والمراد بالولي هنا من له مباشرة النكاح عنها فاذا دام
شرعا اما اجبارا او اختيارا [illegible] بالولي هنا المعنى المشترك وقيل استعمل المشترك
في كلا معنييه وما قلناه اولى لان الاشتراك المعنوي اولى من الاشتراك اللفظي و
المراد بقوله الزوج او وليه الاجباري خاصة والا لزم التكرار اذا تقرر ذلك
فنقول المسألة ظاهرة ووجه القرب ان القبول نية واضافته من القبول والقابل
فهو قبول للخطاب تقدم والخطاب كان للزوج فينصرف القبول اليه ويحتمل العدم
لان تخصيص النسبة انما هو بتخصيص المنسوب اليه ولو لم يذكر لم يتخصص [illegible] الفرق بين
النكاح والبيع ان المقصود في النكاح خصوصية المتناكحين وفي البيع هو المال لا خصوصية
المتعاقدين ولان البيع يتعلق بالمخاطب دون من له العقد والنكاح متعلق بمن
هو له دون المخاطب ولهذا لو قال زوجتها من زيد فقبل النكاح لزيد وكيله صح زوجتها
ولو حلف الا ينكح فقبل له وكيله حنث ولو قال بعت من زيد فقبل من وكيل زيد لا
يصح ولو حلف لا اشترى فاشترى له وكيله لم يحنث قال قدس الله سره ولو نسي السابق بطل

بالعقد من أوّله بناءً على أنّه يحتمل القرعة فمن خرج من لم تقع له بالطلاق ثم تجدّد
من وقعت له النكاح ولو أجبار كل منهما على الطلاق ويشكل ببطلان الطلاق مع
الإجبار ويحتمل فسخ الحاكم **أقول** إذا زوّج المرأة وليّان لها فإمّا أن يعلم الاقتران
أو لا فإن كان الأول فإن كان الوليّان أبًا وجدًّا له صحّ عقد الجدّ كما تقدّم وإن كان
غيرهما بطلا لامتناع صحّتهما وصحّة أحدهما ترجيح بلا مرجّح وإن كان الثاني فإمّا
أن يعلم سبق أحدهما أو لا فإن كان الثاني وهو أن يجهل الاقتران أعني السبق والاقتران
قال الشيخ الطوسي في المبسوط بطلا لأنّهما إن اقترنا تدافعا وإن ترتّبا لم يحصل العلم
به وبالخصوصيّة للسابق فيتعذّر إمضاء العقد فيبطل وإلّا لزم التكليف بالإتيان
وكلّ عقد تعذّر إمضاؤه بطل ولأنّ الأصل في البضع الحرمة إلى أن يثبت المبيح ولا
يمكن ثبوته والأصل جواز العقد عليها إلى أن يعلم ثبوت نكاح غيره ولا عكس فيبطل
وإن كان الأول فإمّا أن يعلم السابق بعينه ويتميّز أو لا فإن كان الأول فلا بحث
لظهوره وإن كان الثاني فإمّا أن لا يعلم تعيّنه أو يعلم وينسى فإن كان الأول قال الشيخ
ببطلان العقدين لتعذّر الإمضاء والعلم بتقدّم أحدهما لا يغني إذا لم يعلم بعينه و
الأصحّ عندي وعند والدي أنّهما يؤمران بالطلاق كما يأتي أو يفسخ الحاكم إذ
المرأة للعلم بأنّها زوجة مسلم لا يحلّ لغيره إلّا بالبينونة منه وإن كان الثاني فهو
المبحوث عنه في كلام المصنّف هنا وقد ذكر المصنّف في هذه المسألة احتمالات
ثلاثة آ القرعة لأنّه أمر مشكل للعلم بثبوت نكاح أحدهما ولا أولويّة لأحدهما
على الآخر والتربّص إلى التذكّر إضرار بالمرأة لمنع حقوقها مدّة التربّص والإصالة
بقاء عدم العلم وقول الشيخ بالتوقّف مزيّف ب إجبار كلّ واحد منهما على
الطلاق لأنّه لا طريق إلى التخلّص من هذه الشبهة وتحصيل العلم إلّا به إذ النكاح
مبنيّ على الاحتياط التامّ والقرعة إنّما تفيد الظنّ ولنا طريق إلى العلم ولا
يجوز أن يعدل فيما بني على الاحتياط التامّ عن طريق يفيد العلم إلى ما يفيد ظنًّا
ما وإجبار واحد بعينه ترجيح بلا مرجّح ج تسلّط الحاكم على الفسخ وإلّا لزم
الإضرار بالمرأة لمنع حقوقها أو الطلاق بالإجبار كما في الاحتمال الثاني وقد
أجمع الأصحاب على بطلان الطلاق بالإكراه أو الإجبار في الأمور الكلّيّة المهمّة
شرعًا المبنيّة على الاحتياط التامّ وهو النكاح ولحاق الأنساب وتحريم المحرّمات
أعلى

على أمارة ضعيفة تفيد الظنّ وهي القرعة لأنّه يلزم التمسّك بما يفيد الظنّ
في الأمور الكلّيّة لو حكمنا بمجرّد القرعة لكن ليس كذلك بل القرعة لترجيح من
يأمره بالطلاق منهما ثمّ يجدّد الآخر النكاح وبطلاق واحد وتجديد الآخر يحصل اليقين
ولو اقتصرنا على مجرّد القرعة لزم التمسّك في الأمور الكلّيّة المهمّة شرعًا المبنيّة على الاحتياط
التامّ والتعيين بأمارة مفيدة للظنّ تخلّصت فيها الأمارة **أقول** إمّا أن يكون المأمور بالطلاق
مختارًا أي غير مجبر وإمّا أن يكون بالإجبار والإكراه فإن كان الأول فلا كلام في القرعة
وإن كان الثاني لزم المحذور لأنّ إجبار واحد على الطلاق لا يفيد العلم لبطلان الطلاق
بالإكراه بل يلزم محذور آخر فرجع على أصله بالإبطال وإلى هذه المباحث أشار بقوله فيؤمر
من لم تقع له الى حين والأقرب إلى العدل وتخليص الحقوق الثاني والثالث أقرب من الأول و
الثاني **قال** قدّس الله سرّه ولو اختارت نكاح أحدهما فالأقرب أنّه يجوز نكاحه بعد
فسخ الآخر **أقول** هذا تفريع على القول بالفسخ وتقريره أن نقول إذا فسخ الحاكم نكاح أحدهما
واختارت المرأة نكاح الآخر فالكلام فيه يقع في موضعين آ أنّه هل يحتاج من اختارته
إلى تجديد عقد أم بمجرّد اختيارها وفسخ الآخر كافٍ يحتمل ضعيفًا الثاني لأنّه علم ثبوت عقده
ولم يعلم بطلانه والآخر قد بطل فالمقتضي للنكاح موجود والمعارض قد بطل ولتساوي حقّ
الزوجين على النكاح وليس بجيّد لأنّ شرط صحّته سبقه ولم يعلم والاحتمال باقٍ والنكاح
لا يقدم فيه إلّا بالتعيين ولأنّه ثبوت نكاح عليها معلوم ونكاحه مشكوك فيه ولا يثبت باختيارها
شيئًا وأقول الحقّ عندي احتياجه إلى تجديد عقد لأنّ مع اقتران العقدين بطلان
قطعًا من غير توقّف وسبقه وعدمه متساويان لاتّفاق كلّ واحد منهما فلا ترجيح
لصحّة عقده أصلًا وكلّ عقد تساوى طرفا إمكان صحّته وعدمها لا يمكن الحكم
بصحّته ب أنّه هل يكفي فسخ غير المختار عن فسخ المختارة لنكاح نفسه لا وفي ذلك لأنّ
المختار إمّا أن يكون زوجًا أو لا وعلى كلا التقديرين فلا حاجة إلى الفسخ ويحتمل الحاجة
إلى الفسخ ليعلم بانتفاء العقد الثاني قطعًا وإلّا لكان مشكوكًا فيه كالأول فلا فائدة
منه وهو ضعيف لأنّه مع فسخ غيره وتجديد عقده ثبت نكاحه على كلّ من طرفي النقيض
لأنّه إمّا أن يكون هو الزوج أو لا وعلى كلّ واحد من التقديرين يثبت نكاحه واعلم
أنّ هذا إنّما يجيء تفريعًا على بانتفاء اختيارها ولو في تعيين المخاطب بالفسخ ولم يذكره
المصنّف **قال** قدّس الله سرّه وعليهما النفقة إلى حين الطلاق على إشكال **أقول**

اذ لا علم بسبق احدهما وجهل تعينه هل تجب النفقة على الزوج ام لا يحتمل الوجوب لوجود العقد وبذلها التمكين للزوج لكن الامتناع لعذر شرعي لا من جهتها ويحتمل العدم لعدم الدخول وعدم تحقق التمكين وبذله فعلى الثاني لا نفقة على احد منهما وهو ظاهر وعلى الاول يحتمل عليهما لعدم خروج الوجوب عنهما وتخصيص احدهما ترجيح بلا مرجح فكان عليهما بالتوزيع ويرجع عليه باستلزامه وجوب النفقة على من ليس بزوج قطعا وهو باطل وبطلان اللازم يستلزم بطلان الملزوم وعلى التوزيع اذا ظهر السبق لاحدهما وتعين هل يرجع للاخر عليه قيل لا لانه وجب عليه بحكم الشارع والاقوى الرجوع لانه انفق على زوجته بالزوجية غير متبرع ويحتمل القرعة لانه امر مشكل ويشكل بالزام من لا يعلم ولم يحكم بكونه زوجا فيلزم الجزم بالمعلول مع الجهل بالعلة وهو محال قطعا وعدم النفقة اضرار وقال عليه السلام لا ضرر ولا اضرار وقال بعض الفضلاء الاصوليين الوجوب عليهما على الكفاية على منع الجمع وفيه نظر اذ الواجب على الكفاية واجب على كل واحد بالاصالة ثم يسقط بفعل واحد وهنا ليس كذلك ولا يمكن وجوب بشرط فعل مكلف على غيره قال قدس الله سره ولو امتنعا من الطلاق احتمل حبسهما عليه وفسخ الحاكم اذ المراه
اقول اذا امتنعا من الطلاق احتمل حبسهما عليه لوجوبهما عليه فعند امتناعهما من حق لادمي مضيق مع مطالبة صاحب الحق يحبسان عليه كسائر الحقوق ويحتمل فسخ الحاكم لعدم جواز الاجبار على الطلاق ويحتمل المراة لانه يجوز لها الفسخ بالعيب لمنع بعض حقوقها وهنا فيه منع الكل واقول يحتمل ان لكل من الزوجين الفسخ كما يفسخ الزوج ذو العيب بتوقي لزوجته والاول عندي فسخ الحاكم لانه ولي الممتنع ولانها مسألة اجتهادية فيها اشكال والتباس فيحتاج الى النظر والاجتهاد واعلم انه على قول الشيخ ببطلان النكاح عقد جهل الاقتران والترتيب والسابق انتفاء ارتفع النكاح بغير رافع ولو تزوجت باخر صح ولو ظهر السابق بعده لم يقدح وعلى القول بالفسخ او الطلاق انما يرتفع برفع رافع لو تزوجت قبله بطل بالحكم سواء ظهر السابق اولا قال قدس الله سره وعلى كل تقدير فهل يسقط نصف المهر اشكال ينشأ من انه طلاق قبل الدخول ومن وقوعه بالاجبار فاشبه فسخ العقد اقول هذا فرع على اجبارهما على الطلاق اذ على قول الشيخ ببطلان النكاحين لا مهر وكذا على تقدير فسخها او فسخ الحاكم لا مهر وقوله على كل تقدير اشارة الى تقادير الاجبار على الطلاق او الحبس وهي ثلثه آ اجبارهما معا على الطلاق دفعة ب ان يسبق احدهما ويتخادعها الاخر ج ان يجبر عليه ومنشأ الاشكال ذكره المصنف

المصنف وعلى تقدير وجوبه يشكل بجهالة لانه لا يمكن اجبارهما عليه لان احدهما ليس بزوج يقينا ولا على واحد بعينه لعدم العلم بانه زوج ولو علم سبق احدهما وقلنا بوجوبه لكان كما لو علم ان لزيد عند احد هذين دينارا واشتبه وعلى تقدير وقوع الطلاق باجبارهما فالاشكال انما هو لما ذكرنا قال قدس الله سره ولو اعترفت لهما دفعة احتمل الحكم بفساد العقدين والاقرب مطالبتها بالجواب مسموع لانها اجابت بسبق كل منهما وهو محال اقول الصحيح هو الثاني لانها اجابت بالمحال عقلا فلا يسمع وطولبت بجواب صحيح لان كل واحد منهما ادعى عليها دعوى متوجهة ممكنة فعليها الجواب بما يمكن عقلا وههنا اعترفت لكل واحد منهما بما يستحيل وقوعه وهذه المسألة مبنية على المسألة الاتية انها لو اعترفت لاحدهما هل يثبت نكاحه فان ثبت كان اقرارها موجبا لثبوته فعند دعوى ثبوت كل واحد منهما مع موجب ثبوته للاخر فكان كالعقد لشاهد ويحكم عليه حكم الحاكم بثبوت النكاح فمن هنا نشأ الاحتمال الاول قال قدس الله سره ولو اعترفت لاحدهما خاصة ثبت نكاحه على اشكال ينشأ من كون الخصم هو الزوج الاخر اقول ومنشأ انه ادعى عليها حقا وقد اعترفت له به فيحكم له كما لو ادعى اثنان عينا في يد ثالث فصدق احدهما والاولى عندي انه لا يسمع بالنسبة الى الاخر بل يمضي في حقها لان اقرار العاقل لا ينفذ في حق غيره وان الفرج مبني على الاحتياط التام والاحتراز فيه واجب قال قدس الله سره وهل يحلف للاخر فيه اشكال ينشأ من رجوعها بمهر المثل للثاني لو اعترفت به وعدمه اقول الضابط في استحقاق الاحلاف انه كلما يثبت المدعى او ملزومه بالنكول وحده او به وبيمين الاخر المردودة على القولين استحق الاحلاف والا فلا لانتفاء الفائدة اذا عرفت ذلك فنقول على تقدير الاحلاف لو نكلت لم ترد اليه قطعا لاعترافها للاول فان اوجبنا المهر عليها لضمان البضع باتلافها استحق اليمين والا لم يتوجه لانه لم يثبت المدعى ولا ملزومه والبحث في ضمان البضع مذكور في موضعه ولقائل ان يقول يلزم ان لا تسمع دعواه عليها لعدم الفائدة لانها ان اقرت لم يقبل بوجه فلا فائدة في سماع دعواه عليها بغير بينة قال قدس الله سره وكذا لو ادعى زوجيتها اثنان فاعترفت لاحدهما ثم اعترفت للاخر اقول المراد انه اذا ادعى كل منهما انه عقد عليها مع انه عقد عليها عقد واحد لا غير وفرض انه عقد عليها عقد واحد لا غير فكل منهما ادعى انه العاقد فالمسألة الاولى فرض وقوع العقدين ما لا تعلم بالسبق فلا يخلف موضوع المسألتين ومحمولهما اذ المدعى كل منهما في هذه المسألة ان الواقع عقده وفي المسألة الاولى ان المقدم عقده

[illegible]

وهو مانع للاخرى الاشكال هنا في موضعين ا هل تقبل تصديقها ويحكم به اولا وقد
تقدم ب في عرضها المهر وهو مبني على ضمان البضع للزوج وسياتي قال قدس الله
سره فان اوجبنا اليمين حلفت على نفي العلم فان نكلت حلف الاخر فان جعلنا اليمين المردودة
مع النكول كالبينة انتزعت من الاول للثاني لان البينة اقوى من اقرارها وان جعلناه
اقرارا ثبت نكاح الاول وغرمت للثاني على اشكال اقول هذه المسئلة فرع على احد احتمالي
المسئلة السابقة وهو ثبوت اليمين عليها للاخر وتقريرها انها اذا حلفت فانما تحلف على نفي
العلم لان الغرض ان العاقد الوليان والحلف على نفي فعل الغير انما يحلف على نفي
العلم الباب الثالث في المحرمات التحريم اما مؤبد او لا فهنا مقصدان
الاول في التحريم المؤبد وسببه اما نسب او سبب القسم الاول النسب قال
قدس الله سره والنسب يثبت شرعا بالنكاح الصحيح والشبهة دون الزنا لكن
التحريم يتبع اللغة فلو ولد له من الزنا بنت حرمت عليه وعلى الولد وطي امه وان كان
منفيا عنهما شرعا وفي تحريم النظر اشكال وكذا في العتق والشهادة والقود
وتحريم الحليلة وغيرها من توابع النسب اقول يريد بلفظ النكاح هنا الوطي واقسامه
ثلثة آ الصحيح وهو ما يملك بسبب يملكه في نفس الامر ولو لم يعلم به وقولنا بسبب
الاتفاق للتميز لا للتمييز وقولنا في نفس الامر ليدخل من ذوجته وليه قبل كماله او وكيله
بغفلة ولم يعلم فوطئ بقصد الزنا ولا يتصف بالتحليل لانه اما عقد او ملك لخرج
عنهما اجماعا ب الشبهة والمراد به هنا وطي لم يملك ولم يقترن بعلم تحريمه فيدخل
فيه وطي الصبي والمجنون والنائم وشبهه وجعله بعضهم في حكم الشبهة والمكلف لتوهم
الحل ج الزنا وهو وطي المكلف محرمة بالاصالة مع علم التحريم اذا عرفت ذلك فنقول
اجمع الكل على ان النسب الشرعي يثبت بالاولين ولا يثبت بالزنا شرعا لكن
يثبت تحريم الوطي تبعا للغة بالاجماع للامامية وهل يحرم النظر اشكال ينشا
من انه ولد لحقيقة لغة لان الولد حيوان يتولد من نطفة اخرى من نوعه من حيث
هو كذلك والاصل عدم النقل والروابط الشرعية للارث لا تدل على النقل
خصوصا على قول من نفى الحقيقة الشرعية ولانه مع تعارض التحريم والتحليل
بعدم التحريم ولان التحريم للبعضية وهي تحصل بالتولد من نطفته سواء كان
بالتحريم او التحليل ووجه الاشكال فيما ذكرناه ولد لتولده من نطفته
فهو بعضه ومن ان خطاب الشارع انما يحمل على الحقيقة الشرعية ونعادة
اصالة

اصالة عدم النقل والحق تحريم النظر لاشتمال النظر على الخوف من العقاب ودفع
الخوف واجب واما في العتق فياتي واما الشهادة والقود وتحريم الحليلة وغير
ذلك من توابع النسب فمنشاؤه من لفظ الابن مثلا هل نقله الشارع اولا لكن
تحريم النكاح شرط في ذلك لاستعماله في الاول لا ستراطهم اباه في لحوق النسب ومن اصالة
عدم النقل والمجاز اولى منه والاصح عندي انه لا يلحقه شي من الاحكام غير التحريم قال
قدس الله سره ولو كان لبنته اسبهم من وطي الثاني والاقرب من اقصى المدتين وطي الاول
قبل بالقرعة والاقرب انه للثاني اقول وجه القرب انها فراش للثاني حقيقة وان
صدق المشتق على من وجد فيه المعنى المشتق منه حاله اولى ممن سبق مع التعارض وسياتي
البحث في ذلك في لحاق الاولاد القسم الثاني السبب الى قوله فهنا فصول
الفصل الاول الرضاع مقدمة يثبت تحريم النكاح بالرضاع بالقرآن والاجماع
قال الله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة فقيل يدل الانها
على ما حرمه النسب لانه سماها اما واختا فهو تنبيه على تسمية صاحب اللبن ابا
ويطرد الباقي ويشكل بانه مجاز لقوله تعالى ان امهاتهم الا اللائي ولدنهم
والمجاز لا يطرد كامتناع نخلة لغير الانسان وقول النبي صلى الله عليه وآله يحرم من
الرضاع ما يحرم من الولادة وقال في رواية اخرى ان الله حرم من الرضاعة ما حرم من النسب
فدل على تساوي تحريم النسب وتحريم الرضاع والاصح تحريم البنت منه بالنسبة الى الاخ
لا الخنثى على الاعلى قال قدس الله سره ولا يتعلق به التوارث واستحقاق النفقة وفي
العتق قولان اقول لا شك ان من احكام النسب ما لا يثبت بالرضاع بالاجماع
كالتوارث واستحقاق النفقة والولاية والحضانة وتحمل العقل وسقوط القود
والمنع من الشهادة ومنها ما يثبت اجماعا وهو المحرمية والتحريم ومنها ما اختلف
فيه وهو العتق بالملك وسياتي وقد سمى الله تعالى بالام ثلثة اصناف من النساء
الوالدة وتستوعب جميع احكام النسب والمرضعة وهي مقصورة على التحريم والمحرمية
على راي والعتق وازواج الرسول عليه السلام وتشاركهما في التحريم اجماعا وفي
المحرمية قولان قال قدس الله سره ولو ارضعت من لبن الزنا لم ينشر حرمة اما الشبهة
فكالصحيح على الاقوى اقول هنا قول الشيخ في المبسوط واكثر الاصحاب وقال
ابن ادريس لبن الشبهة لا ينشر حرمة ثم تعقب ذلك بلا فصل بقوى التحريم ثم قال لي في
ذلك نظر وتامل فقد تردد والحق الاول لعدم الخبرين المتقدمين

قال قدس الله سره ويعتبر التقدير بأحد أمور ثلثة إما ما أنبت اللحم وشد العظم
أو رضاع يوم وليلة أو خمس عشرة رضعة وفي العشر قولان أقول المصنف
اختار في المختلف اختيار المفيد وهو التحريم بالعشر وهو اختيار سلار وابن البراج
وأبي الصلاح وابن حمزة وابن أبي عقيل وقال الشيخ في النهاية والمبسوط وكتابي
الأخبار لا يحرم أقل من خمس عشرة رضعة وكلا القولين لابن ادريس احتج
المصنف في المختلف بقوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وهو يصدق على القليل و
الكثير ثم خص بما روى الفضيل بن يسار في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال لا يحرم
من الرضاع إلا المجبور قال الفضيل قلت وما المجبور قال أم تربي أو ظئر تستأجر
أو أمة تشترى ثم ترضع عشر رضعات تروي الصبي وينام وأورد ان في طريقها
محمد بن سنان وفيه قول فلذا ذكر شيخنا والذي للمصنف في كتاب الرجال ترجيح
العمل بروايته ولأن العشر تنبت اللحم وكل رضاع ينبت اللحم فهو محرم فالعشر محرمة
أما الصغرى فلما رواه عبيد بن زرارة في الصحيح عن الصادق عليه السلام
إلى أن قال فقلت وما الذي ينبت اللحم والدم فقال كان يقال عشر رضعات
وأما الكبرى فبإجماع المسلمين احتج الشيخ بما رواه زياد بن سوقة قال قلت
لأبي جعفر عليه السلام هل للرضاع حد يؤخذ به فقال لا يحرم الرضاع أقل من رضاع
يوم وليلة أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد
لم يفصل بينها رضعة امرأة غيرها الحديث والجواب إذا تعارض التحريم والتحليل
قدم التحريم تنبيه لا يعتبر في اليوم والليلة عدد معين بل المعتبر ارضاعه
دائما في طول هذه المدة قال قدس الله سره والمرجع في كمال الرضعة إلى العرف
وقيل أن يروى ويصدر من قبل نفسه أقول ضبط الشارع الرضاع بثلثة
أنواع آ الأثر وهو ما أنبت اللحم وشد العظم ب الزمان وهو يوم وليلة ج
العدد وفيه الخلاف المتقدم فكل واحد من هذه سبب تام فأيهم تحقق لم يعتبر الآخر
ثم ذكر للعدد ثلاثة شروط آ ان يكون كل رضعة من الثدي ب ان يكون
العدد متواليا ج ان يكون كل رضعة كاملة لا ناقصة والمرجع في كمالها
قيل إلى العرف لأن كل لفظ أطلقه الشارع ولم يعين له حدا يرجع فيه إلى العرف
وقيل ان يروى ويصدر عن ري وهو الأقوى والقولان للشيخ ولا
اختلاف في المعنى قال قدس الله سره ب ان يكون الرضاع في
الحولين

الحولين وإن كان بعد فطام ويعتبر في المرتضع اجماعا دون ولد المرضعة
على الأقوى أقول اشتراط كونه في الحولين بالنسبة إلى المرتضع باجماع الأمة
أي لو ارتضع بعد ان كمل له حولان لم ينشر الحرمة لقوله تعالى حولين كاملين لمن أراد أن
يتم الرضاعة وقال النبي عليه السلام لا رضاع بعد فصال والفصال هو الحولان لقوله تعالى
وفصاله في عامين وأما بالنسبة إلى ولد المرضعة وهو الذي حصل اللبن من ولادته
ففي اشتراطه خلاف أي يكون حصول اللبن بعد ولادته وقبل انتهاء الحولين فلو ارتضع
مرتضع بعدهما هل ينشر حرمة أو لا قال أبو الصلاح لا ينشر حرمة فإنه جعل من شرائط
الرضاع أن يكون الراضع والمرتضع من لبنه ينقص سنهما عن حولين واختاره ابن زهرة
وابن حمزة وقال ابن ادريس ينشر الحرمة ولا يشترط أن ينقص سن ولد المرضعة عن سنتين
وشرط الشيخان أن يكون في الحولين ولم يتعرضا لذكر ولد المرضعة الذي ارتضع من
لبنه ولا للمرتضع وكذا قال أكثر علمائنا احتج أبو الصلاح بقوله تعالى ذلك لمن أراد
أن يتم الرضاعة فدل على أن ما خرج عن ذلك ليس معتبرا ولا يسمى رضاعا شرعا و
بقوله عليه السلام لا رضاع بعد فطام وهو عام شامل لهما معا واحتج ابن ادريس
بعموم الآية وتوقف والدي المصنف قدس الله روحه في المختلف لقوة حجتي ابن ادريس
وأبي الصلاح قالوا الاحتياط تغليب التحريم إذا تعارض هو والتحليل والأقوى عندي
اختيار ابن ادريس قال قدس الله سره ولو شكك في وقوعه بعد الحولين فالأصل
البقاء والإباحة لكن الثاني أرجح أقول الرجحان لقوله تعالى وأحل لكم ما طاب
لكم من النساء وهو عام خرج منه ما علم أنه قبل الحولين فيبقى الباقي على الأصل ولأن أصل
الإباحة متحقق قبل الرضاع والشك حصل في حصول السبب المحرم لأن مطلق الرضاع
ليس بمحرم بل بشرط كونه في الحولين والأصل عدمه ولأن أصل البقاء كما هو متحقق في
الحولين هو متحقق في إباحة النكاح ومع تعارض أصل بقاء إباحة النكاح وأصل بقاء
الحولين يرجح الإباحة لعلم ثبوتها بعموم الآية ولم يحصل علم بثبوت السبب المحرم في زمان
أصلا قال قدس الله سره ويحرم أولاد الفحل ولادة ورضاعا وأولاد زوجته
المرضعة ولادة لا رضاعا على أب المرتضع على رأي أقول ذهب الشيخ في المبسوط
إلى عدم تحريم أولاد الفحل وأولاد المرضعة على أب المرتضع لأنهن أخوات ابنه وأخت
الابن إنما تحرم بالمصاهرة لا بالنسب والنص جاء على تحريم ما يحرم بالنسب واختار والدي
المصنف هنا هو مذهب ابن ادريس وهو التحريم المذكور هنا لما رواه علي بن مهزيار في
الصحيح قال سأل عيسى بن جعفر أبا جعفر الثاني عليه السلام عن امرأة أرضعت لي صبيا

وهو قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم

انتهائهم

بلغ

هل يحل لي أن أتزوج بنت زوجها فقال لي ما أجود ما سألت من هنا تؤتى أن تقول
الناس حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل هذا هو لبن الفحل لا غيره فقلت له الجارية
ليست بنت المرأة التي أرضعت لي هي بنت غيرها فقال لو كن عشراً متفرقات ما حل
لك شيء منهن وكن في موضع بناتك فبعد حكمه عليه السلام هنا بتحريم أخت الابن من الرضاع
وجعلها في منزلة البنت والبنت تحرم بالكتاب فكذا من تنزل منزلتها وقال والدي
في المختلف لولا هذه الرواية لقلت مقالة الشيخ لقوتها وأما الولد وروى ابن أبي
يعفور في الصحيح عن عبد الله بن جعفر قال كتبت إلى أبي محمد عليه السلام امرأة
أرضعت ولداً لرجل هل يحل لذلك الرجل أن يتزوج ابنة هذه المرضعة أم لا فوقع لا
تحل له فهذه الرواية تدل على التحريم وهي صحيحة فيجب العمل بها قال قدس الله
سره وأولاد هذا الأب الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن النكاح في أولاد المرضعة
وأولاد فحلها ولادة ورضاعاً على رأي أقول ما اختاره هنا مذهب ابن إدريس فكلف
وهو الأقوى عندي خلافاً للشيخ لنا أن أخ الأخ إذا لم يكن أخاً يحل من النسب
فيحل من الرضاع وهو تابع احتج الشيخ بما رواه أيوب بن نوح في الصحيح قال
كتب علي بن شعيب إلى أبي الحسن عليه السلام امرأة أرضعت بعض ولدي هل يجوز لي أن أتزوج
بعض ولدها فكتب لا يجوز ذلك لأن ولدها صار بمنزلة ولدك وهذا التعليل يعطي
صيرورة ولدها إخوة لأولاده فيثبت الحرمة قال قدس الله سره ولو أرضعت كبيرته
الزوجتين صغيرتهما حرمتا أبداً مع الدخول بالكبيرة وإلا الكبيرة وللكبيرة المهر
مع الدخول وإلا فلا وللصغيرة النصف أو الجميع على إشكال أقول إذا أرضعت
كبيرة زوجته صغيرتها بلبن غيره الرضاع المعتبر فالكلام في مباحث ثلاثة أ
فسخ النكاح وأجمعت الإمامية على فسخ نكاحهما لأن ثبوت الأمية والبنتية معاً
لاستحالة تقدم إحدى الإضافتين على الأخرى ضرورة فيصير جامعاً بين الأم وبنتها
في النكاح فينفسخ ب التحريم المؤبد فنقول تحرم الكبرى مؤبداً دخل بها أو لا لأنها
أم زوجته وهي تحرم بنفس العقد وأما الصغرى فيعتبر تحريمها بحال الكبرى فإن
قد دخل بالكبرى حرمت الصغرى مؤبداً وإلا انفسخ نكاحها من غير تحريم مؤبداً لأنها من
ربائبه والربائب إنما يحرمن بالدخول بالأمهات ج الكلام في المهر فأما الكبيرة
فإن قد دخل بها استحقت المهر كملاً لاستقراره بالدخول وإلا فلا لأن الفسخ من جهتها
كالردة وأما الصغيرة ففي ثبوت كل المهر أو نصفه لها إشكال ينشأ من أنه فسخ
قبل الدخول من غيرها فأشبه الطلاق ومن أن العقد موجب للمهر والأصل البقاء
وتنصيف المشطر بالطلاق وغيره لم يثبت نسبته والمعلم أن مبنى هذه المسألة على
ان

أن المهر هل يجب كله بالعقد وإنما يتشطر بالطلاق أو يستقر النصف بالعقد والنصف الآخر
بالدخول أو الموت خلاف يأتي تحقيقه ومن ملك الفسخ لا من جهة المرأة قبل الدخول هل يتشطر
كالطلاق أو لا قال قدس الله سره ولو أرضعت الصغيرة زوجتاه على التعاقب
فالأقرب تحريم الجميع لأن الأخيرة صارت أم من كانت زوجته إن كان دخل بإحدى
الكبيرتين أقول تحرم المرضعة الأولى والصغيرة مع الدخول بإحدى الكبيرتين
بالإجماع وأما المرضعة الأخيرة ففي تحريمها خلاف فاختار والدي المصنف وابن إدريس
تحريمها لأن هذه تصدق عليها أم زوجته لأنه لا يشترط في صدق المشتق بقاء المعنى
المشتق منه فكذا هنا ولأن عنوان الموضوع لا يشترط صدقه حال الحكم بل الوصف قبله
كفى فيدخل تحت قوله وأمهات نسائكم ولمساواة الرضاع النسب وهو يحرم سابقاً
ولاحقاً فكذا مساويه وقال الشيخ في النهاية وابن الجنيد لا يحرم لما رواه علي بن مهزيار عن
أبي جعفر عليه السلام قال قيل له إن رجلاً تزوج بجارية صغيرة فأرضعتها امرأته ثم أرضعتها
امرأة أخرى إلى قوله فقال عليه السلام حرمت عليه الجارية وامرأته التي أرضعتها أولاً أما
الأخيرة لم تحرم عليه والجواب المنع من صحة سند الرواية قال قدس الله سره ولو أرضعت
أمته الموطوءة زوجته حرمتا وعليه المهر أو نصفه ولا رجوع إلا أن تكون مكاتبة ولو كانت
موطوءة بالعقد رجع به على إشكال أقول منشأه أنه هل يضمن منفعة البضع بالتفويت
للزوج كفسخ نكاحه أو لا قيل نعم لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات
فامتحنوهن إلى قوله وآتوهم ما أنفقوا وأراد بذلك المهر ولأنه جناية طلباً على مال له قيمة
شرعاً وكلما كان كذلك فهو مضمون ومن أن منفعة البضع لا تضمن إلا بالوطء عند
المحرم عليها طاهراً لأن الأصل براءة الذمة وهو ليس عالية والجناية على طرف ولي الأقوى
الضمان لأنه وجب المهر عليه مع إتلاف عوضه بجهته قال قدس الله سره ويحتمل
قوياً عدم التحريم بالمصاهرة أقول وجه القوة عموم قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم
من النساء خص بالمحرم الرضاع وهي من الكتاب والسنة وللإجماع كما تقدم والمصاهرة
ليست من النسب فلا دلالة على تحريمها بالرضاع والقول من غير دليل التحكم والأقوى
عندي تحريم أولاد الفحل ولادة ورضاعاً وأولاد المرضعة ولادة لا رضاعاً كما
تقدم قال قدس الله سره لو أرضعت ثلاث بنات زوجته ثلاث زوجات له كل واحدة
زوجة دفعة حرمن جمع إن كان قد دخل بالكبيرة وإلا الكبيرة وانفسخ عقد الصغار
وله تجديد جمعاً لأنهن بنات خالات ولكل صغيرة نصف المهر ويرجع به الزوج

بلغ

[illegible]

ابن عباس عن ذكر لرسول الله ص ابنة
حمزة فقال اما علمت انها ابنة
اخي من الرضاعة وكان رسول الله ص
وعمه حمزة قد رضعا من امرأة
قال امير المؤمنين ع انهوا نساءكم
ان يرضعن يمينا وشمالا فانهن
ينسين عن اسحق بن عمار عن
ابي عبد الله ع في رجل تزوج
اخت اخيه من الرضاعة
فقال ما احب ان اتزوج
اخت اخي من الرضاعة
عن صفوان بن يحيى عن العبد
الصالح ع قلت له ارضعت امي
جارية بلبني قال هي اختك من
الرضاعة قلت فتحل لاخي
امي لم ترضعها بلبنه يعني ليس
لهذا البطن ولكن لبطن آخر قال
والفحل واحد قلت نعم هو اخي
لابي وامي قال اللبن للفحل
صار ابوك اباها وامك امها

على مرضعتها وللكبيرة المهر ويرجع به على البنات بالسوية ولو ارتضعت الصغيرة بانفسها بالاستقلال
فلا ضمان وفي تضمين الصغار مهر الكبيرة نظر **اقول** هذه المسألة مبنية على تضمين
منفعة البضع فان قلنا بعدمه فلا ضمان هنا وان قلنا بالضمان ففيه هنا نظر
ينشأ من عدم القصد وعبارة الاصحاب تومي الى اشتراطه ومن حيث انه اتلاف
للبضع والحق عندي الضمان هنا كما تقدم لانه اتلاف المهر ويتعلق بمال الصغيرة
قال قدس الله سره لو ارضعت ام الكبيرة او جدتها او اختها على اشكال فيهما الصغيرة
ولم يدخل انفسخ النكاح لان المرضعة ان كانت الام فالكبيرة اخت وان كانت الاخت خالة
وان كانت الجدة فالصغيرة خالة **اقول** ينشأ من قوله عليه السلم لا تنكح المرأة على عمتها
ولا على خالتها وهي عامة ومن ان هذه النسبة ليست علة في التحريم بانفرادها بل
مع عدم اذن العمة والخالة ولا يعتبر هنا لان هذه النسبة تجددت بعد لزوم العقد
ولا يتحقق ادخال بنت الاخ والاخت على العمة والخالة والاصل بقاء الاباحة
قال قدس الله سره لو ارضعت من ينفسخ النكاح بارضاعه جاهلة بالزوجية او بالحكم
عليها فلا يلتفت ولم يقصد الافساد وقلنا بالتضمين ففيه هنا اشكال ينشأ
من كون الرضاع سببا فاذا كان مباحا لم يوجب الضمان كحفر البئر في ملكه
اقول الاقوى الضمان على تقدير ضمان البضع لانه اتلاف ما يضمن للمطلق من اتلف
عليه فوجب الضمان كسائر الاتلافات ويحتمل عدم الضمان لما ذكره المصنف
ولانه احسان الى الغير مجردا عن قصد الضرر فيدخل تحت قوله تعالى ما على المحسنين
من سبيل ولا يشابه هذا الضمان ضمان الاموال المحضة التي لا يعتبر فيها القصد
لان منافع البضع لا تضمن بمجرد مباشرة الاتلاف لها كالزنا وان ظاهر كلام
الاصحاب يلوح منه اعتبار القصد هنا **قال** قدس الله سره لو سعت الزوجة
الصغيرة فارتضعت من زوجة الكبيرة وهي نائمة رجع في مال الصغيرة بمهر الكبيرة او
نصفه على اشكال **اقول** اما ان يكون الارتضاع بعد الدخول او قبله فان
كان بعد الدخول فالاشكال في الضمان وعدمه مبني على المسئلتين السابقتين وهما
ان البضع هل يضمن ام لا والثانية ان قلنا بضمانه هل يشترط فيه قصد افساد النكاح
او لا وقد تقدمتا فيكون الواجب على تقدير الضمان كل المهر لانه الذي يغرمه وان
كان قبل الدخول فالاشكال في موضعين احدهما اصل الضمان وقد تقرر
وثانيهما كميته انه هل يضمن الكل او النصف وقد تقدم **قال** قدس سره
الله

الله سره فان ارضعتها عشر رضعات ثم نامت فارتضعت خمسا احتمل
احالة التحريم على الاخيرة فالحكم كما لو كانت نائمة في الجميع والتقسيط فيسقط
ثلث مهر الصغيرة بسبب فعلها ونصف المهر بوجود الفرقة قبل الدخول فيسقط ثلثا
مهر الكبيرة وان كانت غير مدخول بها سقط الباقي لانه اقل من النصف الساقط
بالفرقة ويغرم للصغيرة سدس مهرها ويرجع به على الكبيرة ويحتمل سقوط سدس
مهر الصغيرة ويغرم الكبيرة ثلثه وسقوط ثلث مهر الكبيرة ويغرم الصغيرة سدسه
ان كان قبل الدخول ويجيء اشكال **اقول** هذا فرع على مسئلتي ضمان البضع
وانه لا يشترط في ضمانه بالارضاع قصد الافساد اذا تقرر ذلك فاذا ارضعتها
الكبيرة عشر رضعات ثم نامت او اغمي عليها فسعت الصغيرة وارتضعت بنفسها
خمسا انفسخ النكاح لحصول الرضاع المحرم وحصل السبب ويحتمل هنا وجهان
آ كون السبب في الفسخ هو الخمس رضعات الاخيرة لانه قبلها لم يحصل التحريم وحصل
عندها مع صلاحيتها للسببية وكون ما تقدم شرطا وانما كان كذلك بسبب
اختلاف الفاعل وهذا كما اذا كان الصيد يمتنع بسببين عدوه وطيرانه فابطل واحد
طيرانه ثم آخر عدوه كان للاخير وهذا انسب بقول من قال ان الاسباب الشرعية
علامات فيغرم الصغيرة للكبيرة ويسقط مهر الصغيرة لانه فسخ قبل الدخول
جاء منها وتغرم مهر الكبيرة وهل يغرم الكل او النصف تقدم حكمه وهذا
عندي فيه نظر لانهم نصوا على ان المحرم خمس عشرة رضعة والعلة المركبة لا بد
وان يكون المعلول حاصلا عند الجزء الاخير منها ولا يصلح للعلة التامة **ب** ان يكون
المجموع هو السبب في الضمان وهذا السبب قد صدر من فاعلين فيقسط الضمان
عليهما والكلام هنا في مقامين **آ** في تقسيط مهر الصغيرة وفيه الاحتمالان المتقدمان
والاحتمال الاول سقوط ثلث مهرها بفعلها لانها فعلت ثلث السبب فيبرأ الزوج
منه ويسقط نصف مهرها للفرقة قبل الدخول على القول بان المضمون من المهر
قبل الدخول بفسخ الرضاع النصف خاصة على ما تقدم فيبقى السدس يغرمه
الصغيرة ويرجع به على الكبيرة الاحتمال الثاني ان ما سقط بالفرقة قبل
الدخول غير مضمون والمضمون هو النصف والسبب في اتلافه الخمس عشرة
رضعة وقد صدر من الكبيرة ثلثاها فيغرم ثلثي النصف ويسقط بفعل الصغيرة

ثلث النصف لانها فعلت ثلث السبب واما على الحجة تضمن الكل قبل الدخول فلا
اشكال لسقوط الثلث بفعلها وغرم الكبيرة الثلثين ب في تقسيط مهر الكبيرة
واما ان يكون قبل الدخول او بعده فان كان الاول فاما ان نقول بضمان الجميع قبل
الدخول كما هو بعده لوجوب الكل على الزوج او نصفه وقد تقدم البحث فيه فان قلنا
بضمان الجميع فقد تلف ثلثاه بفعلها وثلثه بفعل الصغيرة فسقط ثلثاه بفعلها وتضمن
الصغيرة ثلثه وان كان الثاني وهو ان يكون وقوع الرضاع بعد الدخول فهل تضمن المهر للزوج
او لا يحتمل الثاني لانه قد استقر لمجرد الدخول على ذمة الزوج ولا اعتبار في الوجوب
والاستقرار بالاستدامة فلا تضمن له لانها انما فوتت عليه الاستدامة ولا شيء في مقابلها
من المهر ويحتمل الاول لانها فوتت ملكه بعوض مالي فتضمنه له بعوضه فعلى عدم الضمان
للبحث وعلى الاول ان كانت الكبيرة قبضته رجع عليها بثلثيه وعلى الصغيرة بثلثه لانه فعلها
وان لم تكن قبضته سقط عنه ثلثاه ووجب عليه ثلثه ويرجع به على الصغيرة ويحتمل القصاص
عليه الفاعلين لا الفعل كالو جرحه واحد مائة جرح وآخر جرحا واحدا ضمنا بالسوية وقد علم
ان مع الاتلاف للابضاع تعتبر قيمتها اي عوضها اما في عقل المعاش وهو المسماة قيمته
واما في الشرع وهو المقدر شرعا بالعقد وهو المعبر عنه بالمسمى ولا تعتبر اعواض المنافع
بالانفراد هنا وقد تقدم كالمهر قبل المراة وقد تبدع في قيمة العين كالعبد والامة فغلط
من قايس الرضاع بعد الدخول بالقتل بعده ولا اطراد قبل الدخول قال قدس الله سره
ولا تقبل شهادة النساء منفردات اقول اختلف الناس في قبول شهادة النساء منفردات
في الرضاع فقال الشيخ في الخلاف لا تقبل واختاره ابن ادريس وقال المفيد وسلار
وابن حمزة تقبل وظاهر كلامه في موضع من المبسوط وهو اختيار المصنف لانه امر خفي لا يطلع
عليه الا النساء غالبا وهو من احوالهن فيسمع فيه شهادتهن منفردات كما في امور
الخفية على الرجال ولما رواه عبد الله بن بكير عن بعض اصحابنا عن الصادق عليه السلام
في امراة ارضعت غلاما وجارية قال يعلم ذلك غيرها قلت لا قال لا تصدق ان لم يكن غيرها
ذلك محمولة على قبولها اذا كان معها غيرها وهو يعم الرجال والنساء وسيأتي تمام
البحث في باب الشهادات قال قدس الله سره والاقرب انه ليس عليه ذكر وصول
اللبن الى الجوف اقول وجه القرب انه ليس بمحسوس ومستند الشهادة الحس والاصل
عدم ثبوته وهو وصول اللبن الى الجوف على سببه هو الامتصاص ويحتمل ان عليه ذكره
لانه المحرم قال قدس الله سره ولو شهدت انه ارضعه فالاقرب القبول ما لم يدع اجرة
اقول

اقول المراد انه اذا قالت المراة انا ارضعته متبرعة بغير اجرة او قبضت اجرة وجه
القرب وجود المقتضي وهو العلم فان علمها بحصول الرضاع المحرم اقوى من علم غيرها لانه
من قبيل الضرورات عن المحسوسات وعدم المانع اذ لم تدع شيئا اصلا فلا تهمة هنا لا يقال
عدم القبول لوجهين آ ما تقدم من دلالة رواية ابن بكير على انها اذا لم يعلم غيرها لم تصدق
وفيه نظر لانه يدل على عدم الحكم بقولها وحدها لا على عدم قبولها مطلقا ب انها
شهادة على فعلها وشهادة الفاعل على فعله اقرار عليه تقبل من حق الغير ولانها يثبت له
ولها المحرمية وهي دعوى وفيه نظر لان السبب هو امتصاص الثدي ووصول اللبن
به والفاعل هو المرتضع وهي قابلة والاصل في المشهود عليه انما هو الفاعل لا القابل وفيه
فارق بين هذه الشهادة وشهادة الحاكم او القاسم على حكمه او قسمه ويعرف ايضا ان شهادة الحاكم
بحكمه والقاسم يشتملان على تزكيته ولا تقبل تزكية الانسان نفسه والرضاع ليس فيه
تزكية قال قدس الله سره ولو ادعى بعد العقد انها اخته من الرضاع او امه وامكن فان
صدقته قبل الدخول بطل العقد ولا مهر ولا متعة وان كان بعد الدخول فلها المسمى مع الجهل
ولا شيء مع العلم ويحتمل مع الجهل مهر المثل اقول الاول قول الشيخ رحمه الله لان العقد
هو سبب ثبوت المهر لانه المسمى مع عدم الموافقة بالوطي فيه فكان كالصحيح المقتضي لتضمن البضع
بما ملكه به وهنا عارض بطلان الاصل في ذلك لان المتقومة في المهر والملحق هو شبهة الملك
مع الجهل هو الاولى لان الموجب للمهر مباشرة الوطي فقط الخالي عن المانع المملوك مباشرة باستحقاقه
اياها فيضمن قيمتها ولا اعتبار بالمسمى لبطلان العقد ومعناه هو ترتب اثر عليه كما في
الاصول فلا ما شرط له في وجوبه ولانه انما وجب هنا عما شرع للاتلاف ولا للاستيفاء فلا يتبع
العقد في وجوبه وكلما وجب للاتلاف والاستيفاء فانما هو المقدر باصل الشرع لا العقد او
الفقه ولا اول سبب هنا فيثبت الثاني فههنا ضابط وهو كل وطي لم تواخذ المراة عليه شرعا
حصل عقيب عقد فاسد يوجب مهر المثل وكل عقد تعقبه الفسخ بعد الدخول فانه بالمسمى
ولانه انما دلت على الثاني لا على ما ذكروه اولا قال قدس الله سره وان كذبته قبل
الدخول ولا بينة حكم عليه بالحرمة ونصف الصداق ويحتمل الجميع اقول اما الحرمة عليه
فلعليها فلان اقرار العاقل على نفسه جائز وعلى غيره لا واما نصف الصداق فلانها
فرقة حصلت قبل الدخول من جهة الزوج فاشبهت الطلاق ومبناه ان العقد يقتضي
نصف المهر قبل الدخول والموت الكل ووجه الجميع ان الجميع وجب بالعقد والاصل بقاء ما كان على ما كان
ولا تقبل قول الزوج في سقوط بعضه وهو الاصح عندي قال قدس الله سره ولو

ادّعت هي متعة وان كانت هي التي صدّقت بالعقد لجواز جهلها بحاله العقد وتجدّد العلم به
بخبر الثقات فانّ صدّقها الزوج وتعيّنت الفرقة وثبت المهر مع الدخول وجهلها والّا فلا ولو
كذّبها لم تقع الفرقة وليس لها المطالبة بالمسمّى قبل الدخول وبعده ويحتمل مطالبته بمهر المثل بعد
الدخول **اقول** الاوّل قول الشيخ لما تقدّم والثاني قول المصنّف وتقريره انّها ان ادّعت
الجهل فلها المطالبة بمهر المثل ومعنى قوله ليس لها المطالبة بالمسمّى اي ليس لها الدعوى به لانّها
تدّعي بطلان العقد فليس لها الدعوى بالمسمّى لانّه اثره وبطلان العقد يستلزم عدم ثبوت اثره واذا
ادّعت هي مهر المثل وهو يعترف بالمسمّى فان تساويا قدراً وجنساً فلا اختلاف بينهما وان اختلفا
ثبت في ذمّته اقلّ الامرين من مهر المثل والمسمّى او نفيه ان ما له ويحلف على نفي الزائد وهذا هو
الصحيح عندي **قال** قدّس الله سرّه والاقرب انّه ليس لها المطالبة بحقوق الزوجيّة على
اشكال في النفقة **اقول** وجه القرب انّ الحقوق معلولة مساوية للعقد وانتفاء
العلّة يستلزم انتفاء المعلول وهي قد اعترفت بنفي العلّة فليس لها المطالبة بالمعلول ويحتمل
انّ لها المطالبة لاقراره بالزوجيّة ولزوم حقوقها واقرار العقلاء على انفسهم جائز وليس
بجيّد لانتفاء احدهما اللازم واثبات الملزوم ومعنى مطالبتها المطالبة بالاجماع تحرم بالوطي وشبهه
ما يحرم على غير الزوج فانّه ليس لها ذلك قطعاً بل يستلزم ذلك كما لو اوصى بمؤنة لزوجته
او نذر وكالكفن وغير ذلك وامّا الاشكال في النفقة فمن حيث انّه اقرّ باستحقاق المال
ومنعها عن التزويج وتعطيلها هنا ومن حيث اقرارها بنفي العلّة وقد تقدّم ولا نفقة
عن ممكنة بل ممانعة والاصحّ عندي انّه ليس لها المطالبة بشيء من ذلك كلّه **الفصل الثاني**
في المصاهرة **قال** قدّس الله سرّه وهل يلحق الوطي بالشبهة والزنا بالصحيح خلاف **اقول**
هنا مسئلتان **أ** اختلف الاصحاب في تسبيبة الوطي بالشبهة لحرمة ما يحرم بسبب الوطي الصحيح
من المصاهرة وهو تحريم امّهات الموطوءة وان علون وبناتها وان نزلن وتحريم منكوحة الابن على الاب
وان علا وبالعكس لا لغيره فقال الشيخ في النهاية بالتحريم ومنعه ابن ادريس والحقّ عندي التحريم لما يأتي
في تحريم الزنا ولوجود احكام الوطي الصحيح به من لحوق النسب ووجوب المهر فيحصل التحريم به اذ
وجود احد المعلولين يستلزم وجود الآخر قالوا لم توجد المحرميّة وهي من احكام الصحيح
قلنا مع التعارض بين التحليل والتحريم يغلب التحريم لانّه احتراز عن الضرر المظنون لانّ
المحرميّة تتعلّق بكمال حرمة الوطي لانّها اباحة ولانّ الموطوءة لم يبح النظر اليها بالشبهة
فالى امّها اولى **ب** اختلف الاصحاب في انّ الوطي بالزنا هل يحرّم ما يحرّمه الصحيح من المصاهرة
كما

بلغ

كما قرّرناه في الشبهة فحرّم بالتحريم الشيخ وابو الصلاح وابن البرّاج وابن زهرة وابن حمزة
وقال المفيد والسيّد المرتضى وابن ادريس بعدمه ومحلّ امّ الموطوءة بالزنا وبنتها على الزاني لحقه
والاقوى الاوّل وهو اختيار والدي المصنّف في المختلف لنا قوله تعالى وامّهات نسائكم
والاضافة تصدق بادنى ملابسة وملابسة وما رواه محمّد بن مسلم في الصحيح عن احدهما
عليهما السلام انّه سئل عن رجل يفجر بالمرأة ايتزوّج ابنتها قال لا ولكن ان كانت عنده امرأة ثمّ فجر
بابنتها او اختها لم تحرم عليه التي عنده ولانّه كلّما حرّم الزنا بالامّ بل اولى حرمتها من النسب والمقدّم
حقّ فالتالي مثله بيان الملازمة انّه انّما حرّم الرضاع بتبعيّة النسب وكلّما وجد التابع من
حيث انّه تابع وجد المتبوع بطريق الاولى وامّا حقيّة المقدّم فلما رواه محمّد بن مسلم في الصحيح عن
احدهما عليهما السلام قال سألته عن رجل فجر بامرأة ايتزوّج بامّها من الرضاعة او ابنتها قال لا احتجّ
المخالفون بقوله تعالى واحلّ لكم ما وراء ذلكم وقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء والجواب
القول بموجب الآيتين امّا الاولى فلانّ المتنازع عندنا داخل في المنصوص على تحريمه قبل
ذلك وامّا الثانية فلانّ لا نكاح ما ولت ما طاب اي ما ابيح لانا وهمه ابن ادريس من المشهور
الحيوانيّة **تنبيه** يحرم من زنا بها الاب على الابن وبالعكس على الخلاف كما تقدّم لنا على التحريم
قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء والنكاح حقيقة في الوطي لغة اجماعاً فكذا شرعاً
للاستعمال في قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وغير ذلك من الآيات والاخبار و
الاصل في الاستعمال الحقيقة والاصالة عدم النقل قالوا حقيقة شرعيّة في العقد
لقوله تعالى اذا نكحتم المؤمنات ثمّ طلّقتموهنّ من قبل ان تمسّوهنّ والاصل في الاستعمال الحقيقة
قلنا تعارض المجاز والاشتراك فالمجاز خير لما بيّن في الاصول ووجه المناسبة البيّنة
وكلّما ثبت تحريم منكوحة الاب بالزنا ثبت تحريم منكوحة الابن بالزنا اذ لا فارق بينهما من الامّة
اجماعاً واحداث قول ثالث باطل خصوصاً عند الاماميّة والّا انتفى المعصوم في وقت او
جاز خلافه واجمعت الاماميّة على بطلان اللازم بقسميه **قال** قدّس الله سرّه
امّا النظر واللمس بما يحرم على غير المالك كالقبلة فلا وقيل انّها تحرم على اب اللامس
والناظر وابنه خاصّة **اقول** هنا مسائل الاولى اذا ملك جارية ونظر المالك
او لمس منها ما يحرم على غيره لمسه والنظر اليه كالنظر الى فرجها وقبلته هل تحرم على ابيه
وابنه كما تحرم وطؤه عليه في هذه المسئلة اقوال ثلاثة **أ** عدم التحريم بها وهو اختيار والدي
المصنّف هنا وابن ادريس للاصل الاباحة ولقوله تعالى واحلّ لكم ما وراء ذلكم وقوله

تعالى ما طاب لكم من النساء وما ملكت ايمانكم (ب) التحريم بهما كالوطي وهو اختيار
الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة لقوله تعالى وحلائل ابنائكم خرج الملك المجرد
عن الوطي والنظر واللمس اجماعا فبقي الباقي على العموم وما رواه محمد بن اسمعيل في الصحيح عن م
عن ابي الحسن عليه السلم وقد سأله عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده فقال
بشهوة قلت نعم فقال ما ترك شيئا اذا قبلها بشهوة ثم قال ابتداء منه ان جردها
فنظر اليها بشهوة حرمت على ابيه وابنه قلت اذا نظر الى جسدها فقال اذا نظر الى
فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه واعلم ان والدي قدس الله سره اختار في المختلف
ونذكره الفقهاء هذا القول وبلحقه لما قرات عليه التهذيب في الاحاد بان هذا خبر واحد
ولا تعارض الكتاب فاجاب بان خبر الواحد يخصص الكتاب وهذا من هذا الباب والاقوى
عندي هذا القول واجاب عن ادلة ابن ادريس بان الاصل حجة مع عدم الناقل
والاية للتحريم تعلق عليه (ج) النظر يحرم على ابن الناظر دون ابيه وهو اختيار المفيد
المسألة الثالثة النظر واللمس المذكورين المعقود عليها او المملوكة هل يحرم بنت الزوجة
او المملوكة بنت كانت او رضاع كما يحرم وطؤها قال ابن الجنيد نعم وهو اختيار
الشيخ في الخلاف ويحرم بتحريم ام المنظورة وان علت وبنتها وان نزلت وقال في مسألة
اخرى النظر الى فرجها تعلق به تحريم المصاهرة واحتج الشيخ باجماع الفرقة و
للاحتياط ولما روي عنه عليه السلم انه قال لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة
وبنتها والاقوى عندي عدم التحريم لنا قوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح
عليكم والنظر واللمس ليس شيء منهما دخولا والترتيب يقتضي ذلك ان نقول لم يعرف احد
بين البنت وام الامة وقد ثبت في البنت الاباحة فكذا ام الامة ولما رواه عيص بن القسم في
الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن رجل باشر امراته وقبل غير انه لم يفض اليها ثم
تزوج ابنتها قال ان لم يكن افضى فلا باس وان كان افضى فلا يتزوج احتج الاخرون
بما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلم قال سألته عن رجل تزوج امراة فنظر
الى راسها والى بعض جسدها ايتزوج ابنتها قال لا اذا راى منها ما يحرم على غيره فليس له
ان يتزوج ابنتها والجواب عندي الاستبعاد بانها محمولة على الكراهة لانه تعالى
علق التحريم على الدخول ولين المسألة الثالثة النظر بشهوة هل يحرم الام وان
علت

سادس عشر

علت والبنت وان نزلت قال الشيخ في الخلاف نعم واستدل باجماع الفرقة والاقوى
عندي العدم للاصل المسألة الرابعة النظر المحرم الى الاجنبية هل يحرم الام والبنت
كلمس قال لا يحرم الوطي بالزنا فالاولى لا يحرم هنا واختلف القائلون بالتحريم بالوطي بالزنا
في تحريمه هنا على قولين والاولى عدم التحريم به للاصل قال قدس الله سره اما العقد
المجرد عن الوطي فانه يحرم ام الزوجة وان علت تحريما مؤبدا على الاصح اقول هذا اختيار
الشيخ وابي الصلاح وسلار وقال ابن ابي عقيل يحرم جمعا واما التحريم مؤبدا فبالدخول بالبنت
والحق الاول للعموم قوله تعالى وامهات نسائكم والجمع المضاف للعموم والمراد به التحريم المؤبد
بانه عطف على قوله امهاتكم الى اخره فيشتركان في الحكم فلو اعطف عليه قوله
تعالى وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم اللاتي دخلتم بهن والشرط والصفة المتعقبه
للمعطوف يرجع الى الكل لتسويته بين المعطوف والمعطوف عليه الا ما خص الدليل قلنا
قد بينا في الاصول عود الشرط والصفة المتعقبين للجمل المتعاقبة الى الاخيرة ولان قوله
من نسائكم يدل على انه للربائب لان الربائب من النساء لا الامهات قال قدس الله سره
وهل يشترط لزومه مطلقا او من طرفه او عدمه مطلقا نظر اقول هل يشترط في
تحريم ام المعقود عليها او بنتها من غير دخول بل بمجرد العقد لزوم العقد من الطرفين
او من طرف الزوج او لا يشترط مطلقا نظر يحتمل الاول لعموم آية الاباحة خرج المعقود
عليها عقدا لازما من الطرفين فيبقى الباقي على الاصل ولان معنى اللزوم هو وجوب ترتب
الاثار على العقد وعدمه عدم ذلك والتحريم اثر لم يجب لموضوعه لم يثبت وهو من اثار العقد
ولان عدم اللزوم مع ثبوت الصحة يقتضي ان العلة تامة بالامكان وهو لا يستلزم الفعل والا لعقد
وجود المعلول بالفعل على تقدير العلة ويحتمل الثاني لان اللزوم في طرفه يقتضي وجوب
ترتب اثره عليه من طرفه والتحريم اثر تام ثبت في حقه والا لزم تخلف المعلول عن علته هذا
خلف ويحتمل الثالث لقوله تعالى وامهات نسائكم والاضافة تصدق بادنى
مناسبة وملابسة ولان الاحتياط يقتضي التحريم والحق الاول لان الامكان لا يستلزم
الفعل قال ولو عقد الفضولي عن الزوجة الصغيرة ففي تحريم الام قبل الاجازة
وبعد فسخها مع البلوغ نظر اقول هذا فرع على ما تقدم من اشتراط اللزوم
وعدمه قال قدس الله سره ولو وطئ احدهما مملوكة الاخر بزنا او بشبهة ففي
التحريم نظر اقول المراد اذا زنا بها قبل وطء المالك او وطئها بشبهة ومنشأ
النظر مما تقدم في الاية الدالة على التحريم ومن حيث انها مخصوصة بقوله

[illegible]

على السلام لا يحرم الحرام الحلال وأما يحرم ما كان بنكاح وهذا نص في الأصل بقاء الحل
وهو اختيار ابن ادريس والأقوى عندي التحريم وهو اختيار الشيخ في النهاية وابن الجنيد وابن
البراج واحتجوا بما رواه عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام في الرجل تكون له الجارية
فيقع عليها ابن ابنه قبل أن يطأها الجد أو الرجل يزني بالمرأة هل يحل لابنه أن يتزوجها
قال لا إنما ذلك إذا تزوجها فوطئها ثم زنى بها ابنه لم يضره لأن الحرام لا يفسد الحلال
وكذلك الجارية وهي ضعيفة السند لكن عضدها روايات أخر قال قدس الله سره ولو
وطئ الأب أو الابن زوجة الآخر أو مملوكته الموطوءة بزنا أو شبهة فالأصح أنه لا يوجب
التحريم أقول هذه المسألة هي أنه إذا وطئ الابن أو الأب زوجة الآخر مطلقا
سواء دخل الزوج أو لا أو وطئ جارية الآخر بعد وطء المالك لها حرم الشيخ في النهاية
بحرم التحريم وهو اختيار ابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس لما تقدم وقيل يحرم وهو
الأقوى عندي لعموم الآية المتقدمة قال قدس الله سره ولا عتق مع الزنا أقول
جزم هنا بما استشكله في غير هذا الموضع وهو عدم العتق مع الزنا أي لو زنى الابن
بجارية أبيه فولدت له ولدا كان الولد رقا للأب الواطئ هل يعتق عليه من حيث انه ولد
لغة أو لا جزم هنا بعدم عتقه وكذا لو زنى الأب فولد له بنت أو كان ذلك بجارية
الغير ثم انتقل إلى أحدهما الولد اختار أنه لا يعتق وسيأتي في باب العتق قال قدس
الله سره وهل وطء الأمة في الاستبراء كالوطء في العدة إشكال أقول ينشأ
من أنه عدة للأمة ومن اختصاصه باسم لم يساوه له النص والأصل العدم والحق
عندي الثاني ولا إشكال فيه لأن وصف السببية الشرعية إنما يثبت في موضع النص
لا غير قال قدس الله سره ولو تزوج بذات بعل ففي إلحاقه بالمعتدة إشكال ينشأ
من عدم التنصيص ومن أولوية التحريم أقول الأولى عندي الاقتصار على محل
النص قال قدس الله سره ولو تزوج بعد الوفاة المجهولة قبل العدة فالأقرب
عدم التحريم المؤبد ويحتمل أن يراد بالمدة على العدة أقول وجه القرب أنه
لم يتزوج بامرأة ذات بعل ولا في عدتها لأنه لم يدخل في العدة بعد والمقتضي
عنها للتحريم هنا لأنه الفرض ومن حيث أنه إذا كان حراما بعد هذا الزمان
واقتضى هذا التحريم عقوبة التحريم المؤبد فقبلها أولى والأقوى عندي عدمه للأصل
ولعدم النص قال قدس الله سره وفي المسترابة إشكال أقول يعني
هذه المسألة أنه إذا طلق المسترابة ثم ذات الحيض قبل انقضاء الشهر
الثالث

الثالث تصير تسعة أشهر ثم تعتد بعد ذلك ثلاثة أشهر فإذا تزوجها قبل انقضاء
تسعة الأشهر عالما بالتحريم أو دخل بها كذلك ففي التحريم المؤبد إشكال ينشأ من
أنه وطئ في غير زمان العدة لأنهم قالوا تعتد بعد ذلك ثلاثة أشهر فقد وطئ قبل العدة
وليس بعدة ومن أولوية التحريم كما قلنا في الوفاة المجهولة ولأن عدة الطلاق من حين
وقوعه وإنما الحكم بالانقضاء بانقضاء المدة كلها لا قبلها ولأن معنى العدة زمان يلزم فيه
حرمة النكاح وتحريم أخرى بالأصل حتى ينقضي والفرق بين هذه المسألة والوفاة المجهولة أن
التي تجد الحيض فيها كانت عدة من الأشهر ثم صارت قرءا لأن القرء كطهر بين حيضين أو
طهر يسبقه الحيض فظهر بطلان كونها عدة بالأشهر إلا بالأقراء فهي عدة والمدة التي بعد الحيض
لانتظار الحيض فهي من حكم القرء نصا ولأن القائل بأن القرء هو الحيض فالطهر قبله وبعد الحيض
جعله من حكم العدة في التحريم المؤبد وكذا أيام الحيض عند من جعل القرء الطهر فقد ثبت
ههنا أنها قبل العدة وما بينها وإن لم يكن منها حكمها حكمها بخلافه في الوفاة المجهولة
فإنه لم يرد فيه شيء للأصحاب ثم اعلم أنه لا كلام في التحريم المؤبد لو وقع في الثلاثة الأشهر الأخيرة بلغ
لأنها عدة قال قدس الله سره ولو أصرت امرأته على الزنا لم تحرم على الأصح أقول قال
المفيد وسلار بالتحريم والمصنف بالكراهة وهو الأصح لقوله عليه السلام لا يحرم الحرام الحلال
والوالد نهي عن اختلاط المياه في الرحم ولأن تحريم النكاح يحفظ للأنساب من الاختلاط والجواب
أن ماء الزاني غير محترم والولد للفراش ولهما أن يقولوا قال الله تعالى والزانية لا ينكحها إلا
زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين وإذا دخلت إلا عقيب الفعل المنفي على الفاعل
دل على الحصر ويحمل ذلك على الزنا الخاص لم يتعدى إلى النكاح العام بأسبس مقدوم بالوجهين
على الأول ولما بين في الأصول ويخاف بأن المهملة جزئية فإنه لو سلم أن اللام
للجنس لم نسلم عمومه والمطلقة لا تستلزم الدائمة قال قدس الله سره وهل الأمة الموطوءة
كذات البعل فينتظر أقول ينشأ من عموم النصوص مساواتها في الإباحة والتحريم الفاعلهم
ولأنه من باب الحد طريق المسلمين أحد الزنا بذات البعل حرم عقوبته يحفظ النسب لا الاشتباه
فكذا ههنا والحق عندي الأول لأنه ليس من جزئيات موضع المسألة المجمع عليها وهي ذات
البعل والحلات منصوصة لا المعلومة بالفروع واشتراط أحدهما في الحادة
طريق المسلمين كما قرر في الأصول قال قدس الله سره ولو أوقب غلاما أو رجلا
حيا أو ميتا على إشكال حرم عليه أم الغلام وأخته وبنته أقول الإشكال
في الميت ومنشاؤه عموم النص وخروجه عن محل مظنة الاستمتاع لأنه

كالجد والجدة والحق الاول قال قدس الله سره وفي الرضاع والفاعل الصغير اشكال اقول
هنا مسئلتان آ الام والاخت من الرضاع ومنشأ الاشكال انها ام لقوله تعالى في
امهاتكم اللاتي ارضعنكم فيما هن امهات والاصل في الاستعمال الحقيقة لان اسناد لا تقبله
اللغة على الحقيقة بمجرد الاستعمال كما علم ابن عباس فاطر والدهاق ولقوله عليه
السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة وروي ما يحرم من النسب وحينئذ لا استعمال
اعم من الحقيقة والمجاز ولا دلالة للعام على الخاص فالمرجع مرجح والحق مرجح
المجاز لما تقرر في الاصول ولهم ان يقولوا العمدة عند التعارض القرآن عن ارباب
اللسان من خواص الحقيقة ب الفاعل الصغير من حيث العموم المتناول له لان من في
المجاز اه ولا استفهام للعموم ومن انتحال الوطء للاثر لان التحريم تكليف ونحن للامور
والحق عندي لا ذلك لانه من باب الاسباب والتكليف على الولي كما لو زوجه ابوه فانه يحرم عليه
ام زوجته بمعنى انه يحرم على الولي ان ينكحه امها ونحو ذلك الفرع يتعلق بو... الفعل وحده
لا اثر قال قدس الله سره ولو اوقب خنثى مشكلا فالاقرب عدم التحريم اقول
السبب الموجب للتحريم للايقاب ونحوه الموقب والجهل بالحل يستلزم الجهل بالكل
والجهل بالسبب يستلزم الجهل بالمسبب فالحكم بالتحريم هنا مع الجهل بسببه قول على الله بما
لا يعلم وهو منهي عنه بنص القرآن ولانه ... العقل لان الاصل الاباحة من حكم بالاقربية
عدم التحريم ويحتمله لان الاحتياط يقتضي التحريم ولاغلبية التحريم عند التعارض
ولان الزوجة المشتبهة بالاجنبية يحكم بتحريمها قال قدس الله سره وفي الامة اشكال
اقربه التحريم في الجميع اقول النص على انه اذا طلق الحرة تسعا للعدة نكحها بينها
رجلان حرم عليه ابدا فالامة اذا طلقها للعدة يحتمل وجوها ثلثة آ عدم تحريمها
لا بالتسع ولا باقل والاكثر لعدم تناول النص اياها والقول بلا نص ب تحريمها
في الست لان كل طلقتين فيها مقام ثلاث طلقات فالست مقام التسع ج
تحريمها في التاسعة لانه اولى لان تحريم الامة اولى من تحريم الحرة ولو ورود النص ٣
بصيغة العموم وفيه نكحها بينها رجلان يتناول الحرة والامة فانه اذا نكح الامة
اكثر من رجلين بينها فقد نكحها رجلان لان النص لم ينف الزيادة وعندي في هذه
المسئلة اشكال قال ... اطلاق الاصحاب كون التسع للعدة تحرم
ان المطلقة في كل ثلاث ليست منها بل هي بالعدة للاولين فلو وقعت الثالثة للسنة
فالذي للعدة الاولى لا غير ولو كانت الاولى فكذلك على الاقوى اقول
ببيان

مسئلة التسع الذي المصنف قدس الله سره عن قول الاصحاب اذا طلق الحرة تسعا للعدة نكحها بينها
رجلان حرمت ابدا انه يستلزم احد امرين اما عدم الاكتفاء بنكاح رجلين او اسقاط
كون التسع للعدة واجاب بان المحال انما يلزم لو ارادوا بالتسع للعدة حقيقة وليس كذلك
بل المراد منه المجاز فان التسع كل ثلاث تطلق عليها انها للعدة بطريق المجاز للمجاورة
او تسمية كل الثلاث طلاق العدة تسمية للكل باسم اكثر اجزائه فرع قدس الله سره
على هذه القاعدة مسئلتين آ انه لو كانت الاولى للعدة والثانية للسنة فالثالثة للعدة
حقيقة قطعا والمجاز لا انتفاء المجيز المحتملين في صورة النص ب انه لو كانت الاولى
للسنة والثانية للعدة فهل تتبع الثالثة في التسمية الثانية او الاولى قال المصنف الاقوى لا
فالتي للعدة الاولى لا غير لان الوارد في النص انما هو تبعية الثالثة للاولين والمعتبر
تسمية الكل باسم اكثر اجزائه ولان المجاز من خواصه عدم اطراده لان الاطراد من خواص الحقيقة
ويحتمل ضعيفا تبعيتها للثانية ان كان المعتبر في نظر الاصحاب المجاورة والحق عندي
الاول لان تبعيتها للطلقة لغيرها على خلاف الاصل ولانه الاصل الاباحة فالتحريم المؤبد
على خلافه ولان الاسباب الشرعية تقتصر بها على محل النص هذا تقرير المصنف في ذلك
قدس الله سره في رمضان سنة تسع وسبعمائة في السلطانية في صحبة السلطان غياث الدين خدابنده
محمد رحمه الله قال قدس الله سره من محرمية العمة والخالة قرنا او بعدا حرمت عليه بنتاهما
ابدا ولو وطئ بالشبهة فالاقرب عدم التحريم اقول وجه القرب عدم تناول النص اياه
ولا قياس في الاسباب باجماع الامة واعلم انه على القول بتحريم الوطء بالشبهة في المصاهرة فهنا
يحرم قطعا لا لخصوصية العمة والخالة بل لمجرد الوطء بالشبهة واما على عدم التحريم بوطء
الشبهة في غير هذه الصورة فهل يحرم هنا يحتمله للنص على الزنا فاذا اقام الزنا مقام الوطء
الصحيح في حكم المصاهرة فالشبهة اولى ويحتمل العدم لان المحرم بالنص هو النكاح
الصحيح والزنا في هذه الصورة وكلاهما منتف هنا وهذا هو المبحث هنا قال
قدس الله سره وفي بنتها مجازا او رضاعا اشكال اقول هنا مسئلتان آ بنت
البنت ومنشأ الاشكال فيها من نزله منزلة الصحيح في التحريم بالنص فيتعدى الى
بنت البنت وهكذا الصحيح ومن انها ليست بنت حقيقة واللفظ انما يحمل على حقيقته
لا المجاز ولان الاصل الاباحة والثاني ... وفي بنتها مجازا الشادة الى ان الفقهاء
الناس اطلقوا في ان بنت البنت هل هي بنت حقيقة او لا فعلى القول بانها بنت حقيقة
لا شك في تحريمها واما على القول بانها ليست بنت حقيقة بل مجازا

ومشوه

فيه اشكال لمشوه ما تحكم ب السنة من الرضاعة وفي تحريمها اشكال منشاؤه من ان الرضاع
يحرم به ما يحرم بالنسب وبنتها بنتها نسبا فكذا رضاعا ومن انها ليست بنت حقيقة والرضاع تابع
للنسب بالبنية الى المحرم عليه وبنت الزوجة انما تحرم بالمصاهرة قال قدس الله سره ولا يجوز
وطء الزوجة الصغيرة قبل ان تبلغ تسعا فان فعل لم يحرم على الاصح الا مع الافضاء
اقول هنا مسئلتان آ لو وطئ زوجته الصغيرة قبل بلوغها تسعا قيل تحرم مطلقا
بمجرد افضاها اولا وهو قول الشيخ في النهاية وقال ابن حمزة ان افضاها حرمت ابدا واحتج
الشيخ بما رواه يعقوب بن يزيد عن بعض اصحابنا عن الصادق عليه السلم قال اذا خطب
الرجل المراة فدخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين فرق بينهما ولم تحل له ابدا والجواب انها
مرسلة والجواب التحريم منوط بالافضا قال والذي المصنف في المختلف الظاهر ان مراد
الشيخ في النهاية ذلك قال قدس الله سره وهو صيرورة مسلك البول ومسلك الحيض
واحدا او مسلك الحيض والغائط واحدا اقول الافضاء هو صيرورة مسلك البول ومسلك
الحيض وهو مدخل الذكر واحدا وهذا هو الصحيح وقال بعضهم مسلك الحيض
والغائط واحدا وهو بعيد لبعد ما بين المسلكين وهذه المسئلة ليست من هذا العلم
بل انما من علم التشريح ان نظر الى المعنى وانما من علم اللغة ان نظر الى الوضع اللغوي
فالفقيه يتسلمها ثم يرتب عليه الحكم قال قدس الله سره فيحرم مؤبدا ولا
تخرج من حباله وفيه نظر اقول اذا وطئ زوجته الصغيرة التي دون تسع وافضاها
حرمت مؤبدا وهل تخرج من حباله اي تبين منه بغير طلاق اولا لاصالة الزوجية بقاؤه ولانه في
البينونة من طلاق ولا يجب عليه الطلاق لكونه مخيرا لما رواه بريد العجلي عن الباقر عليه
السلم في رجل افتض جارية يعني امراته فافضاها قال عليه الدية ان كان دخل بها
قبل ان تبلغ تسع سنين قال فان امسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه الحديث وهو يدل على
انها لا تبين بذلك وانه مخير في طلاقها وفيه نظر لان معنى ملك البضع اباحة
الوطي فاذا خرج عن الاباحة زال الملك وهو معنى البينونة ب انها تبين منه
بمجرد ذلك بغير طلاق وهو قول ابن حمزة ويظهر من كلام المفيد لما رواه يعقوب
بن يزيد عن بعض اصحابنا عن الصادق عليه السلم قال اذا خطب الرجل المراة فدخل
بها قبل ان تبلغ تسع سنين فرق بينهما ولم تحل له ابدا وهذه صيغة بطلان النكاح
ج التوقف وهو قول المصنف لان كلما حرم مؤبدا منع ابتداء النكاح وهو اقوى
من الاستدامة لان التحريم المؤبد ينافي غاية العقد الذاتية التي هي اثره بالذات والباقي
بالتبعية

بالتبعية واذا ثبت الحكم للمنافي في اسبق الاثر واذا انتفى الاثر الغائي بطل السبب لانه
معناه ومن حيث ان العقد قد ثبت ابتداء وثبات في زمان والاصل البقاء والاثم بعدده
في اسباب الفسخ والاصح عندي انها تخرج من حباله قال قدس الله سره ويجب عليه الانفاق
حتى يموت احدهما وان طلقها او تزوجت بغيره على اشكال اقول منشاؤه من عموم النص
الدال على الانفاق عليها اذا ما المتناول لصورة النزاع فان الحلبي روى عن الصادق عليه
السلم قال سالته عن رجل تزوج جارية فوقع بها فافضاها قال عليه الاجراء عليها ما دامت
حية ومن حيث ان المراة لا يمكن ان يجب نفقتها بالزوجية على اثنين بغير استثناء ولان العلة
خروجها عن صلاحية الزوجية عادة ولا يحصل لها نفقة من غيره فوجبت النفقة عليه وقد
انتفت العلة لتزويجها الثاني قال قدس الله سره وهل تثبت هذه الاحكام في الاجنبية الاقرب
نعم اقول قوله هذه الاحكام اشارة الى احكام ثلثة آ التحريم المؤبد ب وجوب الانفاق
دائما اذا لم تزوج ج انه لو تزوجت بغيره هل يجب عليها النفقة او لا يحتمل في الكل العدم لعدم
النص والاقرب في الاول المساواة لانه اذا حرم الزوجية فالاجنبية اولى بالتحريم ولان النكاح
سبب تام للتحليل فلا يصلح ان يكون سببا والاجزء سبب في بطلان نفسه وفي التحريم فيعتبر الصغر
والافضا سببا التحريم وهما موجودان في الاجنبية فهو من باب التنبيه بالادنى على الاعلى واما
الثاني فيحتمل وجوب الانفاق لوجود العلة وهو الافضا للصغيرة وعدم رغبة الازواج
فيها غالبا فهو من باب اتحاد طريق المسئلتين لا القياس والنكاح لا يصلح ان يكون سببا او جزء سبب
او شرطا والا لم يوجد مع عدمه وفيه نظر لجواز كونه من الاسباب المقترنة كما هو في
الطلاق والملك في العتق ومنشا احتمال العدم هنا من اصالة البراءة ولان الاسباب
الشرعية تقتصر فيها على محل النص من غير تعدية واعلم ان الشيخ في الخلاف اوجب
الانفاق حتى يموت احدهما في النكاح الصحيح والشبهة خاصة وابن ادريس منع من وجوبه
في الشبهة وقصره على النكاح الصحيح وهو الاصح عندي قال قدس الله سره
وهل يشترط في التحريم المؤبد في طرف الاجنبي نقص السن عن تسع فيه نظر منشاؤه كون التحريم
المؤبد مستندا الى تحريم الوطي في حق الزوج وهو منتف في التسع اقول الاقوى عندي
عدم التحريم في البالغة لعدم النص واصالة الاباحة وعموم قوله تعالى فانكحوا ما طاب
لكم من النساء حتى يخرج بدلك النص عليه فيبقى الباقي على حكم العام وبهذا افتى والدي قدس
الله سره والاشكال في حق الاجنبي قبل التسع اضعف اقول لانه قد قوي

التحريم في الاجنبي قبل الشرع واذا ترجح احد الطرفين كان احتمال الاخر وهو عدم التحريم
هنا اضعف واياه عنى بقوله والاشكال اضعف ولعترض بان الاشكال هو ٢
تكافؤ الاحتمالين مع ترجيح احدهما ينفي الاشكال واجيب بانه استعمل الاشكال
هنا في مجازه كما تقدم الترجيح هنا على مانع من المقيس قال قدس الله سره ولا اقرب
عدم تحريم الامة والمفضاة بالاصبع اقول لعدم تناول النص اياه لان موضوع هذه
القضية ليس تحريم من جزئيات موضوع المنصوص عليها والاصل الاباحة ويحتمل التحريم
لانها مساوية للزوجة والافضاء هو المقتضي للتحريم وهو موجود وليس بجيد لانه اخذ غير
السبب مكانه المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد قال قدس الله سره ولا اقرب
مساواة الوطي في الموضعين اقول الدخول بالزوجة في القبل يحرم نكاح البنت اجماعا
والمذكور هنا الوطي في الدبر هل ينزل منزلة الوطي في القبل في التحريم ام لا الاقرب
نعم لانه يثبت به الحد ويستقر المهر ويجب العدة بالطلاق ويلحق النسب وثبوت احد
المعلولين لعلة واحدة يستلزم ثبوت الاخر وهو برهان اني ويحتمل ضعيفا
العدم لعدم ثبوت الاحصان والحق عندي الاول وبه افتي قال قدس الله سره
وعدم اشتراط البلوغ والعقل في الواطي والموطوءة ولا الاباحة كالوطي في الاحرام
والحيض ولا دوام النكاح اقول المطلوب انه لا يشترط في الدخول المحرم لبنت الزوجة
هذه الاشياء التي ذكرها لان الدخول صادق في الكل وهو الوصف الذي علق عليه
الحكم في الاية فيثبت الحكم ويحتمل ضعيفا العدم لان قوله تعالى وربائبكم الى قوله دخلتم
بهن خطاب فلا يتناول غير المكلف وهذا الاحتمال انما هو في الواطي اما المراة
فلا يشترط فيها العقل قطعا ولا البلوغ من غير احتمال قال قدس الله سره ويحرم بنت اخت
الزوجة معها وبنت اخيها وان نزلتا على اشكال اقول الاشكال في قوله وان
نزلتا لان التحريم لحرمة الخالة والعمة ونزلها منزلة الام ولهذا سميت العرب الخالة
اما وذلك في القران في آزر وهو خال ابرهيم عليه السلم فيتعدى الى بنت البنت بل هو
اولى لان تحريم ادخال البنت انما هو لحرمة العمة او الخالة ويحتمل عدمه للاصل
وبنت البنت مجاز واللفظ لا يحمل على مجازه عند الاطلاق ولا المجموع
من الحقيقة والمجاز قال قدس الله سره ولو تزوج الاختين نسبا او رضاعا على
التعاقب كان الثاني باطلا سوا دخل بها او لا وله وطي زوجته في عدة البائنة
دان

منع ع

فان اشتبه السابق منهما ولا اقرب الزامه بطلاقهما اقول انما حرم عليهما فلان
احدهما اجنبية محرمة عليه وقد اشتبهت ولا يتم اجتناب المحرمة الا باجتنابهما
وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ايضا ويجب حقوق الزوجية ويجب تحصيل براءة
الذمة من الواجب ولا يتم الا بالطلاق وما لا يتم الواجب المطلق الا به فهو واجب ب
ان نكاح احديهما صحيح قطعا ويجب عليه الحاقها او ابانتها لقوله تعالى فامساك
بمعروف او تسريح باحسان والاول متعذر فيجب الثاني ولا يتحقق يقينا منه الا بطلاقهما
جميعا واما الزام الحاكم اياه بالطلاق فلان كل من وجب عليه شيء يجبره الامام على
فعله ان تركه اختيارا لانه من باب اللطف ويحتمل عدمه لبطلان الطلاق مع الاكراه
وعموم رفع حكم ما استكرهوا عليه وفيه نظر لان الاكراه الشرعي لا يبطل حكم الفعل والا
لزم ان لا يجبر الامام على فعل واجب فيبطل فائدة الامامة او استلزام جواز الاجبار
نفسه اذ الشارع لا يلزم بالباطل والاقوى عندي الزامه بالطلاق لان القول بالتوقف
اضرار بالمراة وحرج عليها والقرعة ظنية لا يباح بها ما بني على الاحتياط كالفروج واستباحتها
وعندي انه يجب تجديد كل واحدة بالطلاق بل لو قال زوجتي منهما طالق كفاه
لا يقال اشترط في الطلاق التعيين على الاصح لانا نقول ذكرها بكونها زوجة صفة
معينة لها في نفس الامر مخصصة لانها ليستا بزوجتيه بل احديهما التي لها هذه الصفة
وانتفت عن الاخرى في نفس الامر وهو كاف في التعيين بخلاف ما لو قال لزوجتيه احديكما
طالق قال قدس الله سره فيثبت لهما ربع المهرين مع اتفاقهما واختلافهما على اشكال اقول
اما مع اتفاق المهرين جنسا وقدرا وعدم تعينهما او تعين احدهما شخصا فوجوب ربع المهرين
ظاهر لا اشكال فيه لان احديهما زوجته في نفس الامر وقد طلقها قبل الدخول فلها نصف المهر
وهو ربع المهرين واما مع اختلافهما جنسا او شخصا او قدرا فالاشكال فيه ومنشاؤه من
ان ربع المهرين ليس نصف ما فرض فانه اذا كان احدهما ذهبا والاخر فضة كان النصف الواجب
احد الجنسين وماهية المركب مخالفة لماهية اجزائه قطعا ولانه يستلزم وجوب الجزء في
نفس الامر لنفي احد الجنسين في نفس الامر قطعا فعلى هذا يحتمل القرعة ولا اتفاق
ومن ان احدهما متيقن والحصار في واحد ترجيح من غير مرجح فكان بينهما ولانا
نجمع بين دعويهما في نصف المهر المستحق فكل منهما يدعي الجميع فيقسم بينهما ونعطي
كل واحدة الواقع لها وهو الربع مما وقع عليه عقدها وكذا لو تشخص كل واحد
من المهرين او احدهما او اختلفا قدرا او اتحد جنسا قال قدس الله سره ويحتمل

بلغت مقابلة اعلاه الله

القرعة فمن يستحق المهر والانفاق حتى يصطلحا **اقول** وجه القرعة ان الامر
مشكل وكل امر مشكل ففيه القرعة بالنص ووجه الايقاف حتى يصطلحا امكان رفع
الاشتباه لان الذكر ممكن ولانه يشتمل على رضا الزوجة في نفس الامر عما
وصل اليها والى الاخرى فهو مبرئ للذمة يقينا واعلم ان القرعة والايقاف
على تقدير جهل الكل بالسبق وعدمه او على دعوى كل من الزوجتين السبق ونكولهما
عن اليمين وعدم تصديق الزوج لاحدهما بجهله اما لو ثبت سبق احديهما على بعينها ع
الاخرى ثبت مهرها دون الاخرى بحسب هذه المسألة وفروعها الانطول بذكره ولامكان
تحصيل تعيين لبراءة واعلم ان هذه تصلح اصلا للاولى فانه على القرعة يثبت مهر مسمى
زوجة من غير قسمة وعلى الايقاف يحتمل الاحتمالات للاولى فاذا بان السابق ردت
الاخرى ما اخذته واخذت من طرف السمية **قال** قدس الله سره ومع الدخول يثبت
المهران مع الجهل وليس له تجديد العقد الا بعد العدة ولو اتحدا في الفاسد فمهر
المثل واختلف فالقرعة **اقول** اذا تزوج الاختين على التعاقب واشتبه
السابق ودخل بهما فطلقهما وجب عليه مهران لاستقرار المهر بالدخول فهنا مباحث
أ الاقوى عندي وعند والدي قدس الله سره انه يجب في العقد الفاسد بالوطي
مهر المثل خلافا لبعضهم كالشيخ في بعض اقواله فانه اوجب المسمى وسياتي البحث فيه
فيجب عليه مهر المثل لفاسد العقد والمسمى لصحيحه فان اتفق المسميان ومهر المثل
فلا اشكال لان المدفوع الى كل واحدة منهما يصلح ان يكون مهر المثل لها ويصلح ان
يكون مسماها فان كانت زوجة فهو لها بالتسمية وان كانت اجنبية فهو لها بمهر
المثل ولو لم يتفق المسميان ومهر المثل فنقول كلما حصل اختلاف من المهرين
المسميين او مهري المثل او مسمى احدهما ومهر مثلها فالقرعة او الايقاف حتى
يصطلحا والاقوى القرعة **ب** المراد بالجهل في قوله مع الجهل الجهل
الواقع بالتحريم الوطي على المراة بحيث لا تكون بغيا فانه لا مهر للبغي ويتحقق جهلها
بتاخر عقدها او جهلها بعقد الاخرى او بالتحريم فلو علمت بعقد الاخرى وبتاخر
عقدها وبالتحريم فلا مهر لها **ج** قوله وليس له تجديد العقد الا بعد العدة
تقريره انه اذا اطلق فاما ان يطلق زوجته منهما او ينوا احدهما بالطلاق كل
واحد منهما فان كان الاول فليس له تجديد العقد على احديهما الا بعد
انقضا

انقضاء عدتيهما لاحتمال زوجية كل منهما فلا تحل الاخرى الا بعد انقضاء عدتها
ولو كان طلاقهما بائنا كان كانتا يائستين كان له نكاح ايتهما شاء من حين الطلاق
ولو كان طلاق احديهما بائنا كان تكون يائسة دون الاخرى فله نكاح غير البائنة بمجرد
طلاق البائنة وليس له نكاح البائنة الا بعد انقضاء عدة غير البائنة لاحتمال كونها هي
الزوجة ولو واجه كل واحدة بالطلاق فالحكم كذلك وان كانتا يائستين فالطلاق
بائن فله تجديد العقد على ايتهما شاء **قال** قدس الله سره ولو اتحد العقد بطل وقيل
يتخير **اقول** الاول اختيار المصنف هنا وابن حمزة وابن ادريس والثاني وهو التخيير اختيار
الشيخ في النهاية وابن الجنيد وابن البراج احتج الشيخ بما رواه في الحسن عن جميل
بن دراج عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج اختين في عقد واحد قال يخلي سبيل ايتهما شاء ويمسك
الاخرى وبما رواه جميل بن دراج ايضا عن بعض اصحابنا عن احدهما عليهما السلام في رجل تزوج
اختين في عقد واحد قال هو بالخيار ان يمسك ايتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى احتج ابن ادريس
بانه عقد منهي عنه والنهي يدل على الفساد وهذا هو الاصح عندي وعند والدي
لان العقد على كل واحدة يحرم نكاح الاخرى فيبطل العقد عليهما ونسبته اليهما
واحدة فيلزم بطلانه بالنسبة الى كل واحدة منهما والا لزم الترجيح من غير مرجح ولانا ان
العقد اللاحق فلو اثر فاما فيهما او في احديهما بعينها او لا بعينها والكل باطل اما الاول فلان
فالضرورة واما الاخر فلان الابهام يمتنع فالحل في محل غير معين في نفس الامر
واذا لم يوثر العقد بطل **قال** قدس الله سره ولو وطي امة بالملك حرمت عليه اختها
حتى يخرج الاولى من ملكه ببيع او هبة او غيرهما وفي اشتراط اللزوم او الاكتفاء
بالتزويج او الرهن او الكتابة اشكال **اقول** اذا حرم الاولى بخروجها عن ملكه خروجا
لازما كالعتق او البيع بغير خيار اجمع علماء الاسلام على حل الاخرى اجمع علماء الاسلام
على جواز الجمع بين الاختين في الملك ولو اشترى جارية فوطيها حرم وطي اختها اجماعا
لان الغرض الذاتي من ملك القول دون الاستمتاع ولهذا يحل له شراء المجوسية و
الوثنية والمعتقة والمزوجة والمحرمة عليه بالمصاهرة وانما المحرم الجمع بينهما في
النكاح لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين وهو شامل للجمع في العقد والوطي
وعقدا وفي ملك اليمين وطيا وهو مخصص لقوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت
ايمانهم ولانه حرم الجمع في ملك اليمين وان شاء وله نظائر ولانه غير مراد اجماعا
علماء الاسلام اذا انفرد ذلك فنقول اذا حرم الاولى بخروجها عن ملكه

خروجها لا زمًا كعتقها او بيعها بغير خيار لجمع علما الاسلام على حل الاخرى ولكن بقي هنا
مسئلتان آ هل يشترط في العقد لنا قل عن ملكه اللزوم او يكفي مجرد العقد الناقل
فيه اشكال فنحتاج الى بيان مبناه ومنشاه فنقول مبناه على ان الملك ينتقل
بنفس العقد قبل انقضاء الخيار ومنشاؤه من حيث ان النص المتفق عليه جاء
حرمت الاخرى الى ان يخرج الاولى من ملكه فهو غاية التحريم وقد حصل ولان الغاية
الغاية لو كان الخروج اللازم لزم تخصيص النص من غير حاجة واخذ غير المتبادر مكانه وهو
المجوز ومن حيث ان المقصود بالخروج عدم تمكنه من العود اليها ولم يحصل وفي الصغرى منع
ب هل يكفي عقد يحرم الوطي عليها للغير لا انه من جهته غير مخرج عن الملك كالتزويج والرهن
او يقطع التصرف ويحرم الوطي ويؤول الى اخراج الملك ويحكم حكم المخرج الملك كالكتابة
المطلقة ام لا اشكال ينشأ من حيث ان الى لانتهاء الغاية وذو الغاية هنا التحريم
والغاية الخروج عن الملك كما روي عن امير المؤمنين عليه السلم انه قال من وطي احدى
الاختين فلا يطأ الاخرى حتى يخرج الاولى عن ملكه فقبلها لا تنقطع والا لم يكن هي الغاية
ومن حيث ان المقصود التحريم وقد حصل والاقوى عندي انه لا بد من خروج الرقبة عن
ملكه لنص وامتناع التحريم بحرمة الرهن وحرم المصنف في التذكرة انه لا تحل له برهنها
لان منعه يخص المرتهن لا التحريم وهذا يحل باذن المرتهن في وطيها ولانه تعتبر على فكها
متى شاء واسترجاعها اليه واما التزويج والكتابة المطلقة فسبب التحريم لا يقدر على
رفعه قال قدس الله سره فان وطي الثانية ايضًا قبل اخراج الاولى قيل ان كان عالمًا
بالتحريم حرمت الاولى حتى تموت الثانية او يخرجها عن ملكه لا للعود الى الاولى فان
اخرجها لذلك لم تحل الاولى والاقرب انه متى اخرج احديهما حلت الاخرى سوا كان للعود
الى الاولى او لا وسوا علم التحريم او لا ولو لم يخرج احديهما فالثانية محرمة اقول قوله
قيل ان كان عالمًا الى قوله والاقرب هو قول الشيخ رحمه الله في النهاية وتبعه ابن البراج
وابن حمزة وهو الذي المصنف في المختلف وقوله والاقرب الى آخره قول ابن ادريس رحمه الله
والحق عندي الاول لما رواه الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلم قال سئل عن رجل كان
عنده اختان مملوكتان فوطي احديهما ثم وطي الاخرى قال اذا وطي الاخرى فقد حرمت عليه
الاولى حتى تموت الاخرى قلت ارايت ان باعها اتحل له الاولى قال ان كان يبيعها لحاجة
ولا يخطر على قلبه من الاخرى شي فلا ارى بذلك باسًا وان كان انما يبيعها ليرجع الى
الاولى فلا ولا كرامة وروى ابو الصباح الكناني في الصحيح عن الصادق عليه السلم قال
سئل عن رجل عنده اختان مملوكتان فوطي احديهما ثم وطي الاخرى قال حرمت عليه
الاولى

عن ح

[illegible]

٣

الاولى حتى تموت الاخرى قلت ارايت ان باعها فقال ان كان انما يبيعها لحاجة ولا يخطر
على باله من الاخرى شي فلا ارى بذلك باسًا وان كان انما يبيعها ليرجع اليه الاولى فلا اقول
فيلزم في الجاهل قلنا روى الحلبي عن الصادق عليه السلم قال قلت له الرجل يشتري الاختين
فيطأ احديهما ثم يطأ الاخرى بجهالة قال اذا وطي الاخيرة بجهالة لم تحرم عليه الاولى
وان وطي الاخيرة وهو يعلم انها عليه حرام حرمتا جميعًا قال الشيخ اي اذا دامتا في ملكه
فاذا زال ملك احديهما حلت الاخرى احتج ابن ادريس بان علة تحريم نكاحها الجمع بين
الاختين وقد زال بزوال الملك ويبقى النكاح مباحًا بالاصل لقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم
قوله ولو لم يخرج الاولى فالثانية محرمة هذا اختيار المصنف نص عليه ابن ادريس لان
وطي الاولى حلال ووطي الثانية حرام قال قدس الله سره ولو وطي امة بالملك قيل ليس له
ان يتزوج اختها فتحرم الموطوءة ما دامت الثانية زوجة اقول قوله قيل اشارة الى
قول الشيخ في المبسوط والخلاف واختاره المصنف في التحرير لان النكاح بالعقد اقوى من
الوطي بملك اليمين فاذا اجتمعا وجب تقديم الاقوى ولان الاستفراش والاستباحة
بالنكاح اقوى لانه يتعلق به الظهار والطلاق والايلا واللعان والميراث وسائر
الاحكام واذا كان فراش النكاح اقوى لم يندفع بالاضعف والمصنف لم يجزم به هنا
لان الوطي يصير فراشًا للحوق الولد به فلم يجز ان يرد النكاح على فراش الاخت كالوطي
ولانه فعل في الاخت ما ينافي اباحة اختها المفترشة فلم يجز كالوطي والاقوى عندي الاول
ونقل في المبسوط قولًا لبعضهم انه لا ينعقد النكاح قال والاول اصح قال قدس الله سره
ولو تزوج بنت الاخ او الاخت على العمة او الخالة من النسب او الرضاع بدون اذنهما فالا
بطل على راي ووقع موقوفًا على راي اقول الاول قول ابن ادريس والثاني قول
الشيخين وسلار ومنشأ القولين ان الاذن هل هو شرط في اباحة العقد او في لزومه
فعلى الاول يقع باطلًا لانها محرمة وعلى الثاني يقع صحيحًا كعقد الفضولي
حقيقه بالعقل للاباحة فعلى الاول
احتج الاولون بقوله عليه السلم لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها والنهي عن النكاح
في العقد فالنهي عن العقد وبما رواه ابو الصباح الكناني في الصحيح عن الصادق عليه السلم
قال لا يحل للرجل ان يجمع بين المراة وعمتها ولا بين المراة وخالتها وفي الصحيح عن ابي عبيدة
الحذاء قال سمعت الصادق عليه السلم يقول لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها
ولا على اختها من الرضاعة واجمعت الامامية على تخصيصه بعدم الاذن لما رواه

لا انه ح

[illegible]

محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال لا تزوج ابنة الاخت على خالتها الا
باذنها وتزوج الخالة على ابنة الاخت بغير اذنها فالاذن شرط في العقد قالوا النهي في
العقود لا يدل على الفساد قلنا مقتضاه ما يخبه النص وعدم الاذن من
الاباحة فهي من المحرمات بدون الاذن قال قدس سره وهل للعمة او الخالة
فسخ عقدها والاعتزال قيل نعم وفيه نظر اقول قال الشيخ والمفيد وسلار
اذا عقد على بنت الاخ والاخت والعمة والخالة في نكاحه تخيرت العمة او الخالة بين فسخ
نكاح البنت المذكورة وبين فسخ عقدهما انفسهما والاعتزال عنه وعند المصنف فيه
نظر وجهه ان عقد العمة او الخالة صحيح ولزم والاصل بقاء ما كان على ما كان والمنهي عنه
هو عقد بنت الاخ او الاخت على ما ورد في الخبر عن النبي عليه السلام فهو الموقوف او الباطل
ولنا فيهما والا ولتأتت فيبنى الثاني ولما رواه علي بن جعفر في الصحيح عن اخيه
موسى عليه السلام انه قال في حديث ولا تزوج بنت الاخ والاخت على العمة والخالة الا برضا
منهما فمن فعل فنكاحه باطل قال المصنف قدس سره كلام الاصحاب ليس ببعيد
لانه على التقدير وقوع العقد في نفسه صحيحا وتقف على اذنهما وهو مذهبهم فيتساوى
سببا العقدين في العقد الاصلية فكما كان لهما فسخ نكاح بنتيهما كان لهما فسخه
وانا اقول يمنع تساوي السببين فان عقد العمة والخالة السابق ثبت له اللزوم
قال قدس الله سره لو عقد على الامة من دون اذن الحرة بطل او كان موقوفا
على رأي وتتخير الحرة في فسخه وامضائه اقول الاول اختاره ابن ابي عقيل وابن
الجنيد وابن ادريس والثاني قول الشيخين وابن البراج وسلار وابن حمزة احتج
الاولون بما رواه الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام قال تزوج الحرة على الامة
ولا تزوج الامة على الحرة ومن تزوج امة على حرة فنكاحه باطل احتج الاخرون
بما رواه سماعة عن الصادق عليه السلام عن رجل تزوج امة فقال ان شاءت الحرة ان تقيم
مع الامة اقامت وان شاءت ذهبت الى اهلها الحديث والجواب سند الاولى صح
قوي ونوقفوا في سند الثانية فيقدم الاولى وعلى هذا اقول الحق الاول قال
قدس الله سره وهل لها فسخ عقدها السابق قيل نعم اقول هذا القول قول
للشيخين وابن البراج وسلار وابن حمزة ويحتمل المنع كقول ابن ابي عقيل والبحث
في الطرفين كما في العمة والخالة قال قدس الله سره ولو جمع بينهما صح عقد الحرة دون
عقد

عقد الامة موقوفا او باطلا اقول الوقوف قول الشيخين واتباعهما والبطلان
اختيار ابن الجنيد وابن ابي عقيل وابن ادريس واختاره والدي المصنف قدس الله سره في
المختلف الاقرب عندي ان الحرة لها فسخ نكاح نفسها لان العقد واحد وهو من ترك
ولا اولوية والاقوى عندي بطلان عقد الامة وصحة نكاح الحرة لما رواه ابو عبيدة
في الصحيح عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج حرة وامتين مملوكتين قال اما الحرة فنكاحها
جائز وان كان قد سمى لها مهرا فهو لها واما المملوكتان فان نكاحهما في عقد مع الحرة باطل
يفرق بينه وبينهما قال قدس الله سره قيل يحرم على الحر ان يعقد على الامة الا بشرطين
عدم الطول وهو المهر والنفقة وخوف العنت وهو مشقة الترك وقيل يكره فعلى الاول
يحرم الثانية والخلاف في تحريم الثالثة اقول اتفق علماؤنا الا الشاذ على اباحة نكاح الامة
بالعقد مع تحقق الشرطين وهما عدم الطول وخوف العنت والصبر عنها افضل لقوله
تعالى وان تصبروا خير لكم واما مع احدهما ففيه القولان المذكوران والاول قول
الشيخ في الخلاف والمفيد وابن ابي عقيل وابن الجنيد وابن البراج والثاني قول الشيخ في
النهاية والمصنف في المختلف ولبعض اصحابنا قول ثالث وهو انه يجوز بشرط واحد وهو ان
لا يكون عنده حرة فان كانت تحته حرة لم يجز ونقله الشيخ عنه في الخلاف ان المانع من
النكاح وجود نكاح بالفعل لا القدرة عليه كنكاح الاخت والخامسة ولما رواه الحلبي
في الحسن عن الصادق عليه السلام قال تزوج الحرة على الامة ولا تزوج الامة على الحرة ومن
تزوج امة على حرة فنكاحه باطل احتج الاولون بقوله تعالى
ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات
الى قوله ذلك لمن خشي العنت منكم فشرط اولا في نكاح الاماء بالعقد احد الشرطين
المذكورين اذ من فيها معنى الشرط وثانيا قوله ذلك اشتراط للاخر وبما رواه محمد بن
مسلم قال سألت ابا جعفر عليه السلام عن الرجل يتزوج المملوكة قال اذا اضطر اليها
فلا بأس فاذا الشرط والاضطرار فقد نفي في الاية احتج الاخرون بعموم قوله
قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم وقوله ولامة مؤمنة
خير من مشركة والاصح عندي الكراهة واختاره والدي المصنف في المختلف
والجواب عن حجة الاولين بان المعلق بالشرط الامر بالنكاح وهو اما للوجوب او الندب

على اقوى الاقوال وقد بين في الاصول وبقيها الا ان يستلزم نفي الجواز لان نقيض الخاص
اعم من نقيض العام مطلقا مطلقا وتظهر فائدة الخلاف انه مع حصول شرطي الجواز
يجوز نكاح الواحدة قطعا ويحرم الثانية لانتفاء احد الشرطين على الاول وعلى
الكراهة يكره وهو الثاني وعلى الثالث اذا انتفى خوف العنت ووجد الطول وليس
له زوجة حرة عنده يجوز له نكاح الامة على الثالث لان شرط التحريم ان يكون عنده
زوجة حرة وهو منتف والاجماع على تحريم الثالثة **تذنيبات آ** الطول
لغة السعة وشرعا مهر الزوجة الحرة ونفقتها ووجودها وامكان وطئها فلا
شرطان فيه عندنا والعنت لغة المشقة الشديدة وشرعا الزنا لانه سبب المشقة
بالحد في الدنيا والعقوبة بالنار في الاخرة وخوف العنت يتحقق بقوة الشهوة وضعف
التقوى **ب** يقبل قوله في خوف العنت وفي عدم الطول ولو كان في يده مال وادعى
انه ليس له او ان عليه دينا تقبل دعواه ولا يلزم بعينه قبل **ج** الشرطان شرطان حدوثهما لا رفع
النكاح السابق ولو كان في العقد فلا يعتبران في الرجعة في الرجعية **د** التحريم هنا راجع
الى الوطي والعقد بتبعيته وهو قول الشيخ في المبسوط وابن ابي عقيل وقال المفيد
راجع الى العقد ولا يبطل العقد وهو اختيار ابن البراج وليس بجيد **قال** قدس الله
سره ولو تزوج اثنتين فعقد حينئذ قيل يتخير وقيل يبطل **اقول** القائل بالتخيير
هو الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج وهو اختيار ابن الجنيد لانه لو جمع بين الاختين
في عقد يتخير وكذا في الامتين اما المقدمة الاولى فلما رواه جميل بن دراج عن بعض اصحابنا
عن احدهما عليهما السلم في رجل تزوج اختين في عقد واحد قال هو بالخيار ان يمسك ايتهما شاء
ويخلي سبيل الاخرى واما المقدمة الثانية فللاتفاق للامة على عدم الفرق بينهما
ولانه لو جمع خمسا في عقد تخير اربعا فكذا هنا اما المقدمة الاولى فلما رواه جميل
بن دراج في الحسن عن الصادق عليه السلم في رجل تزوج خمسا في عقد قال يخلي سبيل ايتهن
شاء ويمسك الاربع واما المقدمة الثانية فلنص الامة على عدم الفرق وهو
ضروري والقائل بالبطلان ابن حمزة وابن ادريس لانه عقد منهي عنه والنهي يدل على
الفساد ولان نسبة العقد اليهما على السوية فلا يتعين في احدهما دون الاخرى والا
لزم الترجيح من غير مرجح والجواب عن الاول بان النهي في غير العبادات
لا يدل على الفساد وعن الثاني ان المرجح اختياره مع العقد لما ذكر في الروايتين
والاقوى عندي البطلان **قال** قدس الله سره ولو تزوج الحرة في عقد واثنتين
في

لقوله الثاني

في عقد وثلثا في عقد واشتبه السابق صح نكاح الواحدة على الثاني **اقول** هذا
فرع على المسألة المتقدمة وتقريره انه اذا تزوج الحرة في عقد واثنتين في عقد وثلثا
في عقد فان قلنا ببطلان العقد اذا اشتمل على محرمة صح نكاح الواحدة لان احد
العقدين في غيرها باطل والاخر صحيح فهي اما ثالثة او رابعة وتفصيله اما ان يكون
سابقة على العقدين الاخرين فتصح قطعا وان تاخرت عن العقدين معا صح لبطلان احد العقدين
الاخرين فهي اما ثالثة او رابعة وان كانت بينهما فهي اما ثالثة او رابعة ايضا فصح نكاحها
واما العقدان الباقيان فاحدهما باطل ولا نعلم ايهما هو وحكمه كما سبق في المشتبه
واما على التخيير فنقول واحدة من الثلاث نكاحها صحيح على كل تقدير من التقادير
التي يمتنع الخلو عنها لانه ان كان عقد الثلاث سابقا على الكل صح في الكل وان كان متاخرا
عن الكل صح في واحدة ويتخير وان وقع بينهما فان كان السابق عقد الاثنين تخير من
الثلاث اثنتين فتدخل فيه اختيار الواحدة وبطل عقد المنفردة وان كان السابق عقد المنفردة
صح عقد الثلاث في كل وبطل عقد الاثنين فقد انحصرت التقادير الممكنة في عقد الثلاث
في صحة العقد في الكل وفي صحة العقد في اثنين وفي صحة العقد في واحدة ويتخير فوقوع الواحدة
من الثلاث لازم لكل واحد من التقديرين ولما امتنع ارتفاعهما وجب وقوع ذلك
اللازم قطعا فواحدة من الثلاث عقدها صحيح ثم الاشتباه في تعيينها وفي كونها بالتخيير
او لا بد والواحدة المنفردة بعقد لا تخيير فيها بل الاشتباه في صحة نكاحها جزما وبطلانه كذلك
والاثنتان في عقد واحد الاشتباه في صحته فيهما او بطلانه فيهما وفي احدهما فالتخيير على
هذا التقدير والاثنتان من الثلاث كذلك وظهر من ذلك ان له التخيير في تعيين واحدة من
الثلاث اللواتي في عقد قطعا وليس له التخيير في غير ذلك للعدم ثلاث من اللواتي و بلغ قبالا
بطلان اثنين وحصول الاشتباه فيتبين حكمه وقد تقدم البحث فيه **تفريع** يبتني على الفرض
اما على صحة المنفردة جزما فلها ربع ميراث النسوة وهو الربع او الثمن لامكان صحة
الثلث معا فلا يستحق الا الربع ويمكن صحة نكاح الاثنتين فلها الثلث فيوقف ما
بين الثلث والربع وهو نصف سدس بين المنفردة والثلاث الحق للاثنتين فيه
ويوقف الثلثان من نصيب النسوة بين الاثنتين والثلاث الحق للمنفردة فيه وفي
الصلح قبل البيان بالصلح في نصف السدس بين الواحدة والثلاث الحاجة الى رضا الاثنتين

فيه وفي الثلثين بين الابنين و الثلث لا حاجة الى رضا المنفرد فيه واما على التخيير
فيتوقف نصيب الزوجية الربع منه تتوقف بين الثلاث و الباقي بين الكل

الفصل الثالث في الكفر قال قدس الله سره واما السامرة فقيل انهم من اليهود
و الصابئون من النصارى والاصل انهم ان كانوا يخالفون القبلتين في فروع الدين
فهم منهم وان خالفوهم في اصله فهم ملحدة لهم حكم الحربيين اقول فرع على جواز
نكاح اليهودية والنصرانية للمسلم واما المختار فرعين آ السامرة اختلفوا في نكاحها
فابيحه بعضهم و منعه اخرون واصل القولين ان السامرة ان خالفوا اليهود في اصول
دينهم حرم نكاحهن لانهم كفار خرجوا عن اليهود و النصارى وان وافقوهم في الاصول
وخالفوهم في الفروع فهم منهم ب الصابئون قال الشيخ انهم غير النصارى لانهم يعبدون
الكواكب السبعة وهو الظاهر من كلام المفيد وقال بعضهم انهم قبيل من النصارى
ولهذا يعرفون على دينهم والحق انهم ان خالفوهم في اصول دينهم لم يلحقوا بهم والا الحقوا
واعلم ان الصابئين جمهورهم يقولون بوحدانية الصانع ومنهم من يجعل معه هيولى
في القدم صنع منها العالم وكانت عندهم الاصل و يعتقدون في الفلك و الكواكب
الحيوة والنطق وانه المدبر لما في هذا العالم و الدال عليه وعظموا الكواكب السبعة
وعبدوها وسماها بعضهم ملائكة وجعلها بعضهم الهة وبنوا لها بيوتا للعبادات لعنهم
الله وهو لا يحل مناكحتهم ان قلنا بجوازه في اليهودية و النصرانية قال قدس الله سره
وهل اليهود تحل بعد مبعث عيسى عليه السلم كحلها قبل مبعث النبي عليه السلم اشكال اقول
منشاه انه دخل في دين منسوخ بعد نسخه فلا يقر ولان الاصل بقاء الحكم المتوقف عليه
ولانه خرج من دين يعتقد بطلانه و دخل في دين كان يعتقد بطلانه ولا اعتقادات
مطابقات لما في نفس الامر الآن ومن عموم النص باقرار اليهود و النصارى على دينهم
خرج ما اذا انتقل بعد مبعث النبي عليه السلم فيبقى الباقي على الاصل و التحقيق ان هذا
مبني على ان الكفر هل هو ملة واحدة او ملل مختلفة فعلى الاول تقرر وعلى الثاني
لا تقر وهو الحق عندي لقوله تعالى ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه
قال فلو اشكل هل انتقلوا قبل التبديل او بعده او دخلوا في دين من
بدل او لا فالاقرب اجراؤهم بحكم المجوس اقول لانهم تمسكوا بالتورية وقد
نعلم تقدم تبديلها والاصل عدمه فهم اقرب من المجوس لان لهم شبهة كتاب وهؤلاء
لهم كتاب حقيقة ومن حيث ان شرط كونه يهوديا مقرا على دينه علمه بالتورية
وهو

وهو غير معلوم و الجهل بالشرط يستلزم الجهل بالمشروط و المجوس انما اقروا بالجزية
و لولاه لم يقروا و لم يرد هنا الاولى قال قدس الله سره اما الاول ففي تحريم نكاحهم
على المسلم خلاف اقربه التحريم المؤبد دون المنقطع وملك اليمين اقول البحث في هذه
المسألة تقدم قال قدس الله سره وكذا الثاني اقول الثاني من له شبهة كتاب وهم المجوس
وقال بعضهم يحرم نكاحهن مطلقا وهو اختيار المفيد وسلار و ابي الصلاح و ابن ادريس
و المرتضى وكلهم حرم الكتابية مطلقا وقال علي بن بابويه رحمه الله يجوز بملك اليمين لا العقد وذهب
ابن البراج الى كراهة وطي المجوسية بملك اليمين و المتعة وجوز الشيخ في النهاية وطي
المجوسية متعة وملك يمين والحق عندي الاول لان ثبوت كتابهم غير متيقن اذ قول
النبي عليه السلم سنوا بهم سنة اهل الكتاب يشعر بانهم ليسوا باهل كتاب والا لما
قالوا به رفع ولان الآيات الدالة على تحريم نكاح الكفار عامة خصت عند بعضهم
بقوله تعالى و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب واذا خص الحكم بوصف فلا حكم به الا
في صورة علم الوصف قالوا قال النبي عليه السلم سنوا بهم سنة اهل الكتاب ويتادى
التشبيه لعموم الحكمين قلنا لو سلم صحة السند لم يسلم العموم قال قدس الله سره ولا يثبت
الحاق الولد باشرفهما كالمسلم اقول مبني على ان الكفر ليس ملة واحدة وعلى ثبوت الشرف
لاحدهما على الاخر ليتم دخوله تحت العموم في قولهم الولد يتبع اشرف الطرفين ووجه القرب
ان الكتابي يقر ويحترم بخلاف الحربي فيكون له مزية على غيره فيقتضي علوه عليه ولا نعني
بالشرف الا ذلك وكذا الناسخ ابطل المنسوخ فيعلو عليه قالوا اشرف افعل التفضيل
فلا بد من تشاركهما في المطلق ثم زيادة لاحدهما على الاخر قلنا ممنوع و منقوض
بالحمد والحار و المسلمين و الكفار ويتفرع على ذلك انه لو تولد من وثنية و يهودي او
بالعكس او مجوسية فان قلنا يغلب اعلى الدينين يلحق عند من يجوز نكاح الذمي
ويمنع نكاح الاخر والا منع من نكاحه تغليبا للتحريم ويتبع ذلك باقي فروع
الشبهة وعدمها قال قدس الله سره واذا تحاكم اهل الذمة الينا تخير الامام
بين الحكم بينهم وبين ردهم الى اهل ملتهم ان اتفق الغرماء في الدين وكذا ان اختلفا
على اشكال اقول اذا ترافع الذميان الينا في نكاح وغيره من حقوق
الادميين فاما ان يكونا متفقي الملة او مختلفي الملة فههنا مسئلتان المسألة الاولى
ان يتفقا في الملة فذهب الاكثر الى انه يتخير في الحكم بينهم و بين ردهم الى ملتهم

لقوله تعالى وان جاؤك فاحكم بينهم او اعرض عنهم والجواب تركهما على التراضي بالحكم
او تردهما الحاكم ملتهما لحكم عليهما بالاقرار هما بلزوم حكمه قلنا قوله
الله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولانه يجب على الامام دفع الظلم عنهم
فيجب ان يحكم بينهم لان ما لا يتم الواجب المطلق الا به فهو واجب قلنا فجاؤك
الله او اعرض عنهم ودفع ما اعتقدوه حقا عليهم لبعضهم بعضا مع اعتقادنا
بطلانه ليس بواجب المسئلة الثالثة ان يختلف ملتهما فقال المصنف قد استدل شيئا
من عموم الآية الدالة على جواز الرد ومن ان جريان حكم المخالف في الملة غير لازم له
في التزامه ولانه يعقل للامر ولا انه دائما اما ان يقره على دينه او يلزمه باحكام الاسلام
لا يخلوا الامر عن ذلك اجماعا ولا اعتقاد كل واحد بطلان حكم الاخر عليه فرده
المتعذر اولى لعدم عادته ولا التزامه باحكام المسلمين والحق عندي وجوب الحكم
بينهم في هذه الصورة وان اوقعنا الحقوق الادميين لان حقوق الله تعالى تاتي في باب
الحدود **قال** قدس الله سره فان قلنا بالرد احتمل الحاق حاله المدعي الحاكم
اذا القاضي لموافقته باية راي الحاكم وبطلان المنسوخ **اقول** وجه الاول انه يعين
الحاكم حق المدعي ووجه الثاني ان الحاكم هو المامور بالحكم من الرد والحكم
كالبيع الحاصل في التعيين ووجه الثالث بطلان المنسوخ والاتيان هنا الفرع
عندي لوجوب الحكم **قال** قدس الله سره واذا ارادوا ابتداء العقد لم يزوجهم
الحاكم الا بشرط النكاح بين المسلمين ولا يتبع على خمر او خنزير وان تزوجا عليهم ثم ترافعا
فان كان قبل القبض لم يحكم بوجوبه واوجب مهر المثل ويحتمل قويا قيمته عند مستحليه
اقول وجه الاول ان المسمى باطل عندنا فالحكم الحاكم لم يبطلانه للاية واذا فسد
المسمى تعين مهر المثل ومن حيث انه قد يزيد مهر المثل عن قيمة المسمى والمراة تعترف بعدم
استحقاق الزيادة فالحكم لها بالزيادة وان نقص فالمدعي يثبت الزيادة والاتفاق
على استحقاقها فيحكم لها وليس هو حكم بالخمر والحاكم قد يحكم بقيمة الخمر عند مستحليه كما
اذا اتلف ذمي على ذمي محترم خمرا وان العقد وقع صحيحا وثبت عليه ما يجاه
وانما تعذر حكم الحاكم به فيعدل الى القيمة كما لو تعذر المسمى بتلفه وله قيمة فانه يعدل الى
قيمته **قال** قدس الله سره وان كان بعد قبض بعضه سقط قدر المقبوض ووجب بنسبة الباقي من
مهر المثل او القيمة فان كانت عشرة ازقاق خمر فقبضت خمسة فان تساوت برئ من النصف وان
اختلفت

اختلفت احتمل اعتبار العدد اذ لا قيمة لها والكيل والاقرب القيمة عند مستحليه
اقول اذا ترافعا الينا بعد قبض بعضه فاما ان يكون جنسا واحدا وشخصا واحدا
وهو متساوي الاجزاء كزق خمر معين وقبضت نصفه او ثلثه فان قلنا بوجوب مهر المثل كان
عليه من مهر المثل بنسبة ما تخلف منه كالنصف او الثلث وان قلنا بالقيمة عند مستحليه
وجب قيمة الباقي عند مستحليه وان تعدد الشخص واتحد الجنس وتساوت صفات الكل وتساوت الاجزاء
كعشرة ازقاق خمر فان تساوت في القدر فقد برئ من ما اقبضته من الكل كما لو قبضت النصف
خمسة ازقاق وجب عليه نصف مهر المثل او قيمة النصف عند مستحليه كما تقدم من الاحتمالين اتمامه
وان اختلفت فقد احتمل المصنف وجوها ا اعتبار العدد اذ لا قيمة لها ولا يملك العين
فاستوى كبرها وصغرها فاعتبر العدد ب اعتبار الكيل لانه يختبر فيما يتساوى
اجزاؤه ج القيمة عند مستحليه لان يضمن الخمر بالقيمة عند مستحليه كما لو اتلف المسلم على ذمي
محترم مستتر وهذا هو الاقرب عندي وعند المصنف لانه قبض محترم فيجب ولا
يعتبر العين ولا المثل لانه الحكم الشرعي به فيعتبر بالقيمة عند مستحليه وان تعدد الجنس عادة
كزق خمر وثلاثة خنازير وقبضت احد الجنسين ففيه احتمالات ا ان ينظر الى الاجناس
فيقدر قد قبض نصف المهر ب ان ينظر الى العدد فيكون قد قبض خمس المهر ج ان
ان يقوم بتقدير ماليتهما فيقوم عند مستحليه وهذا هو الاقرب عندي وعند
المصنف ووجه القرب ان هذه المحرمات لا يحكم الشارع بغيرها الا قيمها وانما يتبع الحكم
بالضمان في الذمي المحترم على القيمة عند مستحليه لانها هي المفروضة ما لا يكال ولا يكيل
لا غير **قال** قدس الله سره ولو طلق المسلم زوجته الذمية ثلاثا ثم تزوجت ذميا ثم
طلقها حلت للاول متعة او دواما على راي وبشرط الاسلام على راي **اقول**
فرض هذه المسئلة على قول من يجوز نكاح المسلم دواما للذمية ظاهر واما على قول من يحرم
الدوام فنقرر فرضها فيما اذا كانا ذميين ثم طلقها طلقتين بينهما رجعة وكان من
مذهبها اعتبار العدد في الطلاق لمذهب الاسلام ثم راجعها بعد الطلاق الثاني
او تزوجها ان كان بائنا او رجعيا ثم اسلم ثم طلقها وبقيت هي على دينها
فتزوجها ذمي ودخل بها وحصلت شرائط التحليل ثم انقضت عدة الثاني حلت للاول
اما متعة او دواما وقيل لا تنكح الا اذا اسلمت وليس مراد المصنف بيان هذا الحكم
الذي ذكرناه بل نبه على مسئلة هي ان الذمي يصلح محللا للذمية على المسلم لو طلقها ثلاثا
كما فرضناه بعد اسلامها ان منعنا نكاح الذمية للمسلم او قبله متعة او دواما

ان جوزنا احدهما ومبنى هذه المسألة على ان نكاح الكفار حال كفرهم صحيح
لقوله تعالى تبت يدا ابي لهب وامرأته حمالة الحطب وقوله وقالت امرأة فرعون فاهل
الذمة اولى بالصحة ولتقريرهم عليه بعد الاسلام والفاسد لا ينقلب صحيحا بالاسلام
والتقرير على الفاسد محال وقيل فاسد لانهم لم يلتزموا باحكام الشرع ولم يعتبروا
شرائطه لكن لا نفرق بينهما لو ترافعوا الينا مراعاة للذمة ونقرهم ان اسلموا
تخفيفا وعفوا او لانه لو كان صحيحا لزم احد الامرين اما اعتبار الشرائط
فيه ويلزم منه التفحص عن كيفيته ووقوعه حال الكفر بعد الاسلام او اشتراط الاسلام
في التكاليف الشرعية وكلاهما باطل اما الاول فظاهر واما الثاني فقد ثبت في الاصول
والتقرير على ظاهر الاسلام لا يستلزم صحته في نفس الامر والاصح الاول **المطلب الثالث**
في الانتقال **قال** قدس الله سره ولو اسلمت زوجته قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر وان
اسلما دفعة فلا فسخ وبعده يقف على انقضاء العدة ان كان كتابيا فان خرجت ولم يسلم
فسد العقد عليه **اقول** اذا اسلمت الزوجة دون زوجها وكانا ذميين بعد
الدخول ومضت العدة ولم يسلم الزوج بطل النكاح عندنا والذي عندي وهو اختيار
الشيخ في الخلاف وابن البراج وابن ادريس وقال الشيخ في النهاية اذا كان الرجل على
شرايط الذمة فانه يملك عقدها غير انه لا يمكن من الدخول اليها ليلا ولا من الخلوة بها
ولا من اخراجها من دار الهجرة الى دار الحرب **لنا** ان كل زوج له على زوجته تسلط وسبيل
ولا شيء من الكافر له تسلط على المسلمة ولا سبيل وذلك يستلزم صدق لا شيء من زوج
المسلمة بكافر اما المقدمة الاولى فلقوله تعالى الرجال قوامون على النساء واما
المقدمة الثانية فلقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا **احتج**
الشيخ بما رواه محمد بن مسلم في الحسن عن الباقر عليه السلام قال ان اهل الكتاب وجميع من
له ذمة اذا اسلم احد الزوجين فهما على نكاحهما وليس له ان يخرجها من دار الاسلام
الى غيرها ولا يبيت معها ولكنه ياتيها بالنهار الحديث **والجواب** انه محمول
على ايام العدة وقوله على نكاحهما اي على حكمه لما تقدم من الادلة وبما رواه محمد بن
ابي نصر في الصحيح قال سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يكون له الزوجة النصرانية فتسلم
هل يحل لها ان تقيم معه قال اذا اسلمت لم تحل له الحديث والتحريم هو ارتفاع
اثر النكاح المستلزم لبطلانه لانه معناه ووجه الجمع ما ذكرناه وهذه
من الصحاح وتلك من الحسان والصحاح مقدمة على الحسان **قال**
قدس

قدس الله سره واذا ارتد احد الزوجين قبل الدخول فسخ العقد في الحال ولا مهر
ان كان من المرأة والا فالنصف ويحتمل الجميع ان كان عن فطرة **اقول** اتفق علماء
الاسلام الا داود الظاهري على انه اذا ارتد احد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح
لقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وقال تعالى فلا ترجعوهن الى الكفار لاهن حل
لهم ولا هم يحلون لهن ثم ننظر فان كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها لان الفسخ من قبلها
وان كان الرجل هو المرتد فعليه قيل نصف المهر وقيل كله ووجه الاول انه فرقة
قبل الدخول لا بالموت فكان كالطلاق ووجه الثاني اما اذا كان الارتداد
عن فطرة فلانه كالوفاة ولهذا تقسم تركته وتعتد زوجته عدة الوفاة والوفاة
توجب جميع المهر واما ان كان عن غيرها فلان المشطر للمهر هو الطلاق ولم يوجد
ومبنى هذه المسألة ان المهر هل يجب كله بالعقد او نصفه وسيأتي تمام البحث فيه والحق
عندي الثاني **قال** قدس الله سره ولو انتقلت الوثنية الى الكتابية واسلم الزوج
فان قبلنا منها غير الاسلام فالنكاح باق والا وقف على الانقضاء بعد
الدخول وقبله يبطل **اقول** لا شك في خلاف الاصحاب في ان الوثني اذا انتقل الى
الكتابي هل يقبل منه اولا واختار المصنف عدم القبول وقد تقدم البحث فيه وفرع
المصنف رحمه الله على هذا الاصل هذا الفرع الذي ذكره هنا وذكر حكمه على كل
واحد من القولين وتقريره ان الزوجين اذا كانا وثنيين ثم انتقلت الزوجة الى
ملة اهل الكتاب فصارت يهودية مثلا ثم اسلم الزوج فعلى القول بقبول ذلك منها
النكاح بينهما باق لجواز نكاح الذمية بعد اسلام زوجها سواء كان ذلك قبل الدخول
او بعده وعلى القول المختار وهو عدم القبول فاذا اسلم الزوج انتظرت العدة
فان اسلمت فيها استقر نكاحها والا انفسخ النكاح بعدها كما مر بقي ههنا انه لا منافاة
بين هذا الفرع وبين ما ذكره المصنف فيما تقدم من انه اذا انتقل الى دين اهل الكتاب
بعد مبعث النبي عليه السلام فانه لا يقبل **قال** قدس الله سره ولو اعتقدوا غصب المرأة
نكاحا اقروا عليه على اشكال بعد الاسلام وقبله **اقول** ينشأ من اعتقادهم
صحته واقرارهم على اعتقادهم ولانه ليس فيه الا ازالة الفعل فلا يعلم القول فاشبه
سائر وجوه الفساد ومن حيث انه غصب للمحترم وهو ظلم قبيح عقلا بالضرورة
وقبيح ان يحسن الشارع في ملة من الملل غصب المحترم فهو من المحرف ولان

يعني انتقل من دين الى دين اهل الكتاب

التمكين من الظلم والمقهور عليه فيقبح عقلاً وهذا الاشتراك قبل الاسلام وأمّا
بعده فمن حيث ان دوام الغصب كابتدائه في القبح ومن حيث اقرارهم على ما
كانوا يعتقدونه والاصح عندي انه لا يقرّون والتحقيق ان هذا في حق اهل
الحرب اما الذميون اذا فعلوا ذلك لم يقروا عليه لان على الامام ان يدفع قهر
بعضهم عن بعض خصوصا مع ترافعهم الينا بخلاف اهل الحرب والمستأمنون
ليسوا كاهل الذمة في ذلك اذ ليس على الامام دفع بعضهم عن بعض بل يلزمه
ان يمنع عنهم غيرهم ممن يجري عليه احكام الاسلام قال قدس الله سره ولو اسلم
معه اربع من الكتابيات فالاقرب ان له اختيار الكتابيات اقول وجه القرب ان
الاسلام لا يمنع استدامة نكاح الكتابية الثابت عليه اجماعا فلا ترجح المسلمات من
حيث ان نكاح الكتابيات مختلف فيه والمسلمات متفق عليه فهو اقوى فترجح اما على
قول من شرط في نكاح الكتابيات الفرقة فلا اشكال في عدم جواز اختيار الكتابيات
بل ينتظر بهن العدة بعد الاسلام ومنشأ هذه المسئلة ان الاختيار هنا هل هو
كالابتداء او لا فقيل بالاول لتضاد استدامة المسلمات واستدامة الكتابيات
لزيادة العدد على العدد الشرعي فيرتفع اما الكل فيكون كالابتداء قطعا او احد
الصنفين والمسلمة لا يرتفع نكاحها بالكتابية فتعين العكس وقيل بالثاني لثبوت
النكاح والاصل البقاء حتى يثبت الرافع شرعا فلا يكون كالابتداء والاقوى
عندي ان له اختيار الكتابيات فيثبت الخيار قال قدس الله سره ولو
اسلم الحر على اربع اماء تخير اثنتين وكذا لو كان معه حرائر وارضت الحرائر
والاقرب اعتبار رضا جميع الحرائر دون الخامسة اذا فسخ نكاحها والا اعتبر
اقول وجه القرب انه لزمه نكاح اثنتين من الحرائر اذ نكاح الاماء اما
مندفع او موقوف على اذن الحرائر والكل منهن اكثر من اثنتين لحرائر ان
لازمتان قطعا بخيرته في تعيينها فيعتبر رضا الحرائر في اختيار الاماء
لان الاختيار هنا تشبه ابتداء النكاح فيلزم اعتبار الشرائط لانهم
قبل الاسلام لم يلتزموا احكام الدين واقرهم الشارع في الابتداء على ذلك
وهو حال العقد فلم تعتبر حينئذ الشرائط ثمه وباسلامهم التزموا احكام
الدين

في ع

الدين والزمهم الشارع بها في الابتداء حينئذ فيقام حال الاسلام مقام ابتداء
العقد ويعتبر حصول الشرائط حينئذ ومن ثم قالوا لو نكح الكافر معتدة بغير
عدتها ثم اسلما فان كان حال اسلامهما العدة باقية حكم ببطلان النكاح والا
بصحته فكما تعتبر اذن الزوجات الحرائر في صحة نكاح الامة ابتداء على ما
اختاره في هذه المسئلة في موضعه اعتبر هنا حال الاسلام ولا يعرفان بعينهما
وكان رضا الكل مستلزما الرضا بهما قبل تعيين العلم بحصوله الا بحصول رضا
الكل اعتبر رضا كل الحرائر قبل فسخ نكاح واحدة منهن ولو اذن على الرابع
فلا اعتبار برضى المفسوخة كالخامسة ويحتمل ان لا يتوقف على رضا الحرائر وهو
بناء على ان الاختيار كالاستدامة وهو قول لبعض الفقهاء لانه لا يشترط فيه صيغة
النكاح وقبول المرأة ولانه استمرار لعقد اشرف على الزوال فاشبه الرجعة وبجوازه
في الاحرام وعلى هذا القول يحتمل المسئلة رابعا وهو حيث ان اختلاف الدين يوجب صيرورة
كل واحدة منهن كالمطلقة الرجعية فيكون قبل الاختيار كل واحدة كزوجة واستثنى
هذه الصورة من الحكم بتحريم اجتماع الزيادة لصيرورة الرابعة الى بينونة كلية فصار غير المختارة
بعد اختيار غيرها بائنة وقبل الاختيار تشترط رضا الكل لانهن في حكم الزوجات قال
قدس الله سره واذا اسلمت الوثنية فتزوج الكافر باختها فان انقضت العدة على كفره صح
عقد الثانية ولو اسلم في عدة الاولى تخير ولو تاخر اسلام الثانية حتى خرجت عدة الاولى
وقد اسلم بانت ويحتمل انتظار العدة الثانية من حين اسلامه فان لحقت تخير
وان خرجت عدة الاولى اقول الاول قول بعض الاصحاب لانه قد اجتمع اسلام الزوج
والزوجة الاولى في العدة ولا مانع اذ نكاح الاخت الثانية مفسوخ باختلاف الدين
والخارج بالاسلام قبل حصوله مانع منه ولم يحصل ولا يصلح لمانعية نكاح الاخت المسلمة
المتقدمة لعدم الموجب للفسخ وهو اختلاف الدين فيستقر نكاحها قبل نكاح اختها الكافرة
بثبوت نكاح اختها الاولى المسلمة فلا ينتظر لها العدة والاصح الاخير لقرب العدة
مع اختلاف الدين بين الزوجين بعد الدخول والثانية زوجة لو وقع نكاحها
في حال كفرهما وهي مدخول بها وقد اسلم الزوج فيضرب لها العدة من حين اسلامه
ولا تقع البينونة الا بخروج العدة المضروبة ولم يحصل بعد فلا يحكم بالبينونة
واذا ضربت العدة للثانية فان اسلمت في عدتها تخير حينئذ ولا تخلو الثانية

بعدة الاولى لان الاعتبار باسلام الثانية **قال** قدس الله سره واذا اسلم
الحر على اكثر من اربع حرائر مدخول بهن وثنيات الى قوله ولو اختار فسخ المسلمات
لم يكن له ذلك لان بعد اسلام اربع لا مكان ان لا يسلمن في العدة فيلزمه نكاح المسلمات
فلو اختار الفسخ ولم يسلم الباقيات في العدة انفسخ نكاحهن ولزمه نكاح من اختار
فسخهن وان اسلمن فان اعاد منهن اربعا انفسخ الزائد ذلك الاوائل وان اختار الاول
احتمل الصحة لان فسخه الاول لم يكن صحيحا وقت وقوعه والبطلان لان بطلان الفسخ
انما يتم لو اقام البواقي على الكفر لانا انما تبين لزوم نكاح المسلمات اما اذا اسلم
البواقي فاذا فسخ فيه نكاح من سالفات ولم يكن له ان يختارها **اقول** هذه الجملة
مبنية على ان الفسخ المخاطب به للاوائل هل وقع باطلا في اصله لان نكاحهن ثبت
ولا ينفسخ الا باختلاف الدين مع خروج العدة وليس او زيادتهن على العدد
واختار غيرهن وليس ولانهن لم يزدن على العدد المحلل الان او وقع مراعى
واسلام الباقيات كاشف عن صحته وقت وقوعه موقوفا ومراعى للفرق بين وقوعه
والتوقف في الحكم به ووجه الثاني انه لغوا في نفس الامر اما ان سلم البواقي في
العدة اولا والاول مستلزم ملكه الفسخ وقد وقع من وقوع اسلام البواقي
فعلمنا انه كان له الفسخ في علم الله تعالى والثاني لم يقع **قال** قدس الله سره ولو اعتق
قبل اسلامه ثم اسلم واسلمن او اعتق بعد اسلامه على اشكال ثم اسلمن بعد اسلامه
كان له اختيار الاربع **اقول** منشأ هذه المسألة ان الشرط والمانع هل يعتبر عند
اجتماع الاسلامين لانه وقت الاختيار او عند اسلامه لانه عند التزامه
بالاحكام الدين فعلى الثاني ليس له اختيار الاربع لان باسلامه وهو اما انفسخ
نكاح ما زاد على اثنتين فلا يعود بالعتق وعلى الاول ان الاعتبار في شرائط نكاح
الحر للامة هو حال اجتماع الاسلامين وهو حينئذ حر **قال** قدس الله سره ولو
اسلم عن خمس فلحق به اربع فله اختيار ثلاث وانتظار الخيار في الرابعة حتى يخرج
عدة الخامسة على الشرك وهل له انتظار الخيار في الخمس الاقرب المنع لانه
يلزمه نكاح ثلاث منهن فيختار ثلاثا فان اسلمت الخامسة تخير والا لزمه نكاح
الرابعة **اقول** وجه الاول انه لابد وان يلزمه نكاح ثلاث منهن
فلا معنى لانتظاره للخامسة ولان الاختيار انما يكون عند الزيادة
على

على الاربع ولم يوجد ويحتمل جواز التاخير لجواز التاخير لو اسلم معه واحدة
لانه ما دام في العدة محكوم بالبينونة فيجوز له التاخير لاصالة البقاء والاقوى
الاول لان له التاخير على حقوق الزوجية فلا يجوز تاخيرها كالبائنة **قال**
قدس الله سره ولو اسلم الاب المجنون ففي التبعية اشكال فان قلنا به تخير الاب
او الحاكم **اقول** سبب التبعية في الصغير النقص عن احكام المكلف وعدم اعتبار
العبارة وهو هنا متحقق ومن اصالة عدم التبعية للغير في الاحكام خرج
الصغير للاجماع فما عداه لم يقم دليل على تبعيته فيبقى على الاصل وتفرع على التبعية
انه اذا اسلم الاب والابن المجنون ازيد من اربع نسوة فالخيار الى الاب على مذهب
المصنف ومع فقد الاب بعد اسلامه فالى الحاكم لامتناع الانتظار للاضرار
ولانه كالطلاق وقد صرح المصنف في موضعين احدهما قبل هذا البحث والثاني في
المطلب الثاني في المولى عليه ان الولاية للاب او الجد له وقيل لا ولاية في الاختيار
هنا لانه اختيار شهوة ولا يشرع الحاكم ولا الولي فيه الى حين **المطلب الرابع**
في كيفية الاختيار **قال** قدس الله سره اما اللفظ فصريحه اخترتك او امسكتك
او ثبتك او اخترت نكاحك او امسكته او ثبته وشبهه منجزا على الاقوى **اقول**
وجه القوة ان الاختيار سبب شرعي ولم يجعل الشارع سببا عنه في معناه
ولا اشترطه بغير ما شرطه والاسباب والشروط الشرعية انما تستفاد من النقل
والغير فلو علقه فالمعلق عليه اما ان يكون سببا او شرطا وعلى كل تقدير يكون
زيادة على الشرع وادخاله فيما ليس منه وقيل شاذا انا العقد لاصالة صحة
تصرفات المسلم وليس بجيد **قال** قدس الله سره والطلاق دلالة
اختيار على اشكال **اقول** الطلاق اختيار لانه لا يواجه به الا الزوجة
ولانه رفع للنكاح الثابت في الزمان المستقبل بلفظ انت طالق فالنكاح
جزء مفهومه او لازمه لزوما بينا بمعنى ان تصور الطلاق مستلزم لتصور
النكاح فاثباته مستلزم اثباته فاذا طلق فقد اثبت النكاح وهذا هو معنى
الاختيار ولان ارادة ايقاع الملزوم لزوما بينا بلا لازمه ارادة للمحال
ومناقضة **احتمال** في قصة فيروز الديلمي قال النبي عليه السلام له طلق ايتهما
شئت فلو كان الطلاق تعيينا للنكاح كان ذلك تفويضا لنكاحها

معًا لانا نقول لو سلم الشيء كان قد استعمل لفظة الطلاق في الفراق مجازًا
وهو جائز اذا عرفت هذا فنقول الظهار والايلاء كل واحد منهما هل هو اختيار
ام لا قال المصنف فيه اشكال منشاؤه من ان الظهار وصف بالتحريم والايلاء
حلف على الامتناع من الوطي وكل واحد من المعنيين بالاجنبية اليق منه بالمنكوحة
ومن ان كل واحد منهما لا يقع الا بالزوجة فهما من خواص النكاح والاصل
فيه بالعاقل الى التصحيح من الافعال والاقوال خاصة التي تستلزم ابانته
والاقوى عندي الاول لان اللزوم هنا شرعي وثم عقلي بين وهنا غير بين
ولانه قد يقصد بكل منهما مبالغة التحريم قال قدس الله سره ولو طلق
لو طاهرًا او آلى او قذف بعد اسلامه صح الكل فان حصل العتق عليه فلا
حكم للتعريض والوقف ويسقط بالسنة خاصة وان لم يسلم فيها فالاقرب وقوع
الطلاق اقول هذا مبني على ان الاسلام هل هو كاشف عن بقاء النكاح
او ارتجاع له كالرجعة اختار المصنف هنا الاول لان الفرقة بسبب فقد
شرط الحل العقد بابنة والاتفاق من الاسلام شرط للاباحة وكل فرقة
بائنة لانه فيها من استئناف النكاح وقيل لا يقع لانه طلاق معلق على شرط
وهو تجدد اسلامها وكل طلاق معلق على شرط فهو باطل قال قدس الله
سره وفي تنزل الكنايات منزلة الطلاق في الاختيار اشكال الاقرب العدم
وان قصد به الطلاق اقول منشاؤه من حيث ان الطلاق انما كان اختيارًا
لان وجود الكل او الملزوم مستلزم لوجود الجزء او اللازم وفي الكناية لا يوجد
الطلاق فلم يوجد ما يدل على الطلاق باحدى الدلالات ومن حيث ان
الاعتبار بقصده وقد قصد الطلاق فيدل على انه قصد النكاح والحق الاول
لانه انما الاعتبار بثبوت معنى الطلاق او باعتبار دلالة لفظه والاول منتف
والثاني باطل ايضًا لان الكناية في الطلاق مجازه فلا يستعمل في غيره
مجازًا والا لتجوز من المجاز وهو باطل باتفاق الاصوليين قال قدس
الله سره وكذا لو اوقع طلاقًا مشروطًا فقال كلما اسلمت واحدة منكن فقد طلقتها
اقول البحث في هذا كما مر في المسألة السابقة قال قدس الله سره وهل
التقبيل واللمس بشهوة اختيار الاقرب ذلك كما هو رجعة اقول وجه
القرب انه يقتضي الرجعة اجماعًا فيقتضي الاختيار لان الرجعة والاختيار
معلولا

كلما

معلولا علة واحدة وهي الفعل الصادر منه الدال على اختيار النكاح لفظًا
كان او عينيًا ووجود احد المعلولين يدل على وجود المعلول الاخر وهذا
برهان اني ولما اقتضى اللمس والتقبيل بشهوة الرجعة اقتضى الاختيار لما
ذكرناه ويحتمل العدم لانهما قد يوجدان في الاجنبية فهما اعم من الاختيار
والعام لا يدل على الخاص ولان دلالتهما ليس لذاتهما بل باعتبار بعد
اخرى هي ان المسلم الاصل في افعاله الصحة والاباحة ولا يلزم من جعل الشارع
اياه سببًا في حكم وهو الرجعة جعله سببًا في غير تلك الصورة مع اختلاف
الموضوع والمحمول ولقد اورد ذلك على المصنف واجاب بان النص دل على
ان الاختيار هو كل فعل يدل على الرضا بالنكاح واختيار بقائه وان كلا
من اللمس والتقبيل بشهوة دال على الرضا بالنكاح واختيار بقائه ولهذا جعل
رجعة فتعدية الحكم هنا تعديه بحكم الكلي الى جزئياته او من باب اتحاد طريق
المسئلتين كانه اولى للارحام والاقوى عندي انهما اختيار لان الطلاق رفع
قيد النكاح وازالة له فاذا اقتضيا ابطاله ثبوت النكاح لاشتمالهما على الرد
به فاولى ان يدلا على الاختيار لاستمرار النكاح لكن اقتضاؤهما الرجعة
بالاجماع قال قدس الله سره ولو تزوج باختها حين لم يقع وهل يكون اختيارًا
لفسخ عقدها اشكال اقول منشاؤه ان نكاح الاخت مناف لنكاح الاخت
الاخرى في الصحة بمعنى انه لا يمكن اجتماعهما في الصحة في زمان واحد وارادة
احد المتنافيين تستلزم ارادة نفي الاخر لان ارادة الملزوم تستلزم ارادة اللازم
ولان كل ضد يستلزم نقيض ضده ولهذا ناقاه والفرق بين ان ياتي بلفظ يدل
على النقيض بالمطابقة وبين ان ياتي بما يدل على الضد من الدلالة على النقيض ويحتمل
عدمه لمنع الاستلزام وقد بينت هذه المسألة في علم الكلام وان العقد عليها
قد يتحقق مع عدم الاختيار وقد يوجد معه فهو اعم منه ولا دلالة للعام
على الخاص والاقوى عندي الاول لان العقود انما تحمل من المسلم على الصحيح
قال قدس الله سره ولو اسلم اربع وتخلف اربع فعين الاول للنكاح
صح ولو عينهن للفسخ لم يصح ان كان للاواخر وثنيات والاقرب التوقف
اقول المراد بالتوقف هنا ان يكون الفسخ مراعى واسلام الباقيات

وعدمه كاشفان عن صحته او بطلانه فان اسلم الباقيات ظهر صحة الفسخ وان لم
يسلمن ظهر بطلان الفسخ اذ الواقع امر صالح للتاثير في البينونة عند اسلام
الباقيات ووجه البطلان ان الفسخ انما يصح فيما زاد على الاربع من المسلمات
لقوله عليه السلام امسك اربعا وفارق سايرهن ولم يحصل هنا ولانه لو صح
الفسخ لزم امكان احد امور ثلثة اما فسخ المسلمات وبقاء الكافرات على
النكاح او انفساخ نكاح الكل او اعادة الحكم الشرعي الذي عدم من غير سبب
والكل محال بيان الملازمة انه اذا صح ووقع اثره وهو زوال النكاح لانه
معنى صحة السبب فاذا لم يسلمن اما ان يثبت نكاح الكافرات اولا والاول
يستلزم الامر الاول والثاني اما ان يبقى زوال نكاح المسلمات وهو الامر الثاني لا امتناع
او يعود فيلزم الامر الثالث واما استحالة الكل اما الاول فبالاجماع واما
الثاني فلانه يلزمه نكاح اربع منهن بالاجماع واما الثالث فظاهر لان اعادة
الحكم الشرعي بعينه بعد زواله محال ومثله لا سبب له واجاب المصنف بان
صحته هنا اصل احتمال التاثير عند اسلام الباقيات او كونا باسلام الباقيات كاشفا
عن صحته وعدمه عن فساده ولا استحالة فيه وهو وجه احتمال الوقف وان لله
تعالى في هذه الواقعة حكما وهو مشتبه علينا وقد جعل الله عليه دليلا وهو بقاء
الباقيات على الكفر الى خروج العدة على بطلانه واسلامهن على صحته ويحتمل هذا الجانب
بحكم الشارع قال قدس الله سره ولو عين المتخلفات للفسخ صح وللنكاح لا
يصح الا ان جوزنا الوقف اقول اذا عين المتخلفات للفسخ جاز لحصول الوجود
المقتضي وهو الاختلاف والشرط وهو الزيادة على الاربع وعدم المانع لانهن
ان بقين على الكفر انفسخ نكاحهن وتعين الاوائل للنكاح وان اسلمن كان له فسخ
نكاحهن فاذا تحقق الفسخ على تقدير وملكه على تقدير ولم يخل الامر من التقديرين
صح اختياره فسخه وان عينهن للنكاح لم يصح لوجود المقتضي لبطلانه وهو الكفر
لان لا انفاق في لا الاسلام شرط في ابتداء العقد واستمراره ولهذا ينفسخ
النكاح مع عدمه والاختيار يقتضي لزومه فيتضاد اثراهما فيتنافيان ووجود
احد المتنافيين يستلزم انتفاء الاخر قوله الا ان جوزنا الوقف معناه
ان جوزنا وقف الاختيار الى انتهاء العدة فان اسلمن فيها حكمنا بصحة
الاختيار وان بقين على الكفر حكمنا ببطلانه هكذا قرره قدماء
الفقها

الفقهاء ومأخذ الاحتمالين منحصر في طريقين احدهما الخلاف في وقف العقود
وهو اختيار الذي في جزئيه وما سمعها ان اختيار النكاح هل هو كابتداء
النكاح او هو استدامة له فعلى الاول لا يصح لان المسلم لا يمكن ان يبتدي
النكاح على الكافرة الحربية ولا يكون موقوفا بل يقع باطلا وان قلنا انه استدامة
جاز ان يكون موقوفا كالاصل والحق عندي البطلان في هذه المسئلة والمتقدمة
قال قدس الله سره ولو اسلم ثمان على الترتيب فخاطبه كل واحدة بالفسخ عند اسلامها
تعين للفسخ الاربع المتأخرات وعلى الوقف المتقدمات اقول هذه المسئلة
تفريع على ما تقدم من الاحتمالين في فسخ المسلمة منهن قبل زيادتها على العدد
فنقول على تقدير الوقف اي الالغاء بمجرد اسلام المتأخرات ظهر لنا وقوع
فسخ المتقدمات ويلزمه نكاح اربع بتعين لنكاح المتأخرات على البطلان
وقت صحة الفسخ هو وقت اجتماع اسلام ما زاد على العدد فلما اسلمت الخامسة
كان هو وقت اختيار واحدة للفسخ فلما فسخها صح فسخها وكذا السادسة وعلى
ذلك الى الاخيرة وهذا ظاهر وهو الاولى عندي قال قدس الله سره ولو وقف
لهن الربع او الثمن حتى يصطلحن فان طلبت منه احديهن شيئا لم يعط ولو طلبت خمس
دفع اليهن ربع النصيب والست نصفه ولو كانت احديهن مولى عليها لم يكن لوليها ان
يأخذ لها اقل من الثمن ويحتمل القرعة والتشريك اقول قوله ويحتمل فيه لقوله
حتى يصطلحن واعلم ان في هذا الكلام مسئلتين ا انه اذا مات تحقق اجتماع اسلامه
واسلام الثمان قبل الاختيار توقف نصيب الزوجية من تركته وهو الربع مع عدم
الولد والثمن معه ثم ماذا يصنع به فيه وجوه ثلاثة ذكرها المصنف ووجه الاول
انه لا يحصل تعيين الزوجة الا به وهو مطلوب عقلا وشرعا فيقسم بينهن على حسب
الاصطلاح بالتساوي او التفاضل ولان المستحق منحصر فيهن ولا احتمال
والاشكال في الكل على التساوي وهن معترفات به والظهور غير متوقع
فطريق الاحتياط الصلح ووجه الثاني وهو القرعة انه امر مشكل وكل امر مشكل
فيه القرعة لما ورد به الاخبار وهو ضعيف لان القرعة انما هي لكشف
ما هو معين في نفس الامر وقد اشتبه علينا وهذه ليست معينة في نفس الامر
لانها الى الله تعالى يعلم من كان يختار لو اختار لا انا نقول السبب
المقتضي للميراث هو وجود الاختيار بالفعل المعينة مشخصة ولم يوجد لانه

المقدر بخلاف ما لو قال والله لا طلقن زينب ان كان هذا الطائر غرابا
والله لا طلقن عمرة ان لم يكن هذا الطائر غرابا لان الله تعالى يعلم حال الطائر
ويعلم من هي معينة للطلاق في نفس الامر لانه تعالى عالم بكل معلوم على ما
هو عليه ووجه الثالث وهو التشريك فيقسم بينهن على التساوي الحصاد
المستحق فيهن وعدم العلم بوجه الظهور غير متوقع وهن جميعا معترفات بشمول
الاشكال وعدم اولوية واحدة دون الباقي لانه ترجيح من غير مرجح فيكون
بمنزلة الدعوى وهذا ايضا ضعيف لان توريث من ليست بزوجة نفسا محال وهو
لازم للتشريك وفرق بينه وبين الدعوى لامكان الاشتراك في الدعوى بان كل
واحد من اثنين اذا ادعى كل المال يمكن في نفس الامر اشتراكهما فيه اما مع العلم
بانه لاحدهما وانه لا اشتراك بينهما يمتنع التشريك لانه يقتضي باطل معلوم البطلان
والاصح عندي الاول ب لو كان في الثمان واحدة مولى عليها كالصغيرة او المجنونة
صالح الولي عنها ثم فيه احتمالات آ انه لا يصالح على ما دون الربع اعني من نصيب
الزوجات لجواز ان يكون زوجة فلو نقص عن الربع كان تركا لبعض حقها والجواز
ب انه يقتصر على الثمن لانه لا يعرف ان لها حقا لكن لا ينقص عن ثمن الموقوف لانه موقوف
بين ثمان قال قدس الله سره ولو اسلم الكتابيات بعد الموت قبل القسمة فالاقرب
ايقاف الحصة اقول المسائل المتقدمة متفرعة على ما اذا علم استحقاق الزوجات
الميراث اما مع عدم العلم كما اذا اسلم على ثمان كتابيات واسلم معه اربع او كان
تحته اربع وثنيات واربع كتابيات واسلم معه الوثنيات ومات قبل البيان
والاختيار فنقول القائل بعدم جواز اختيار نكاح الكتابيات يقول الميراث
للمسلمات قطعا واما على القول بجواز اختيارهن اما لقوله بجواز ابتداء نكاح
الكتابية او لقوله بان الاختيار استدامة للنكاح لا ابتداء له فيحتمل هذه المسئلة
امورا آ انه لا توقف شيء للزوجات بل تقسم التركة بين سائر الورثة لان استحقاق
الزوجات للارث هنا غير معلوم والحاصل ان ثبوته معلول لاختيار المسلمات
ولم يحصل ووجود المسبب مع عدم السبب محال ب ان توقف حصة الزوجات لان
الزوجية سبب الارث والمانع الكفر واحتمال الكتابيات ولم يوجد فجاز ان يكون
المسلمات هن الزوجات ولان استحقاق الورثة غير الزوجات قدر نصيب الزوجات
غير معلوم ولان الشك في اصل الاستحقاق لا يمنع التوقف كمسائل الحمل
ونحوها

ونحوها وينبغي الاحتمالات فيما اذا كان تحته مسلمة وكتابية وطلق بائنا واحدة
لا بعينها وقلنا بوقوعه ولتعلم ان المصنف جزم بالا ولم يفرع عليه هذا الفرع
وهو انه اذا اسلم الكتابيات بعد الموت وقبل القسمة فالاقرب الايقاف لان
اسلام الزوجة الكتابية بعد الموت وقبل القسمة موجب لارثها فحينئذ الزوجات
اما المسلمات او لا فقبل موته فيرث قطعا ويحتمل ان يقال انما ترث الزوجة
قبل القسمة فيما تحقق زوجيتها وان الزوجية موجبة للارث وهذان الوصفان
ليسا معلومين واذا لم يعلم السبب لم يعلم المسبب واما على الاحتمال الثاني فيوقف قطعا
قال قدس الله سره ولو قالت اسلمنا معا فالنكاح باق قدم قوله لندور التقارن
على اشكال اقول اذا اسلم الزوجان قبل الدخول واختلفا في النكاح فقالت
الزوجة اسلمنا معا فالنكاح باق بحاله وقال الزوج بل اسلمنا على التعاقب فالنكاح
مفسوخ ففي تقديم ايهما اشكال منشأه اصالة عدم التقدم والظاهر الاقتران
لندوره والشارع بنى الاحكام على الاغلب فالاشكال في تقديم الاصل او الظاهر
اعني الاغلب عند تعارضهما ومن ثم اختلفوا في حد المدعي والمدعى عليه فانه
مستنبط من هذا الاصل وسيأتي تحقيقه استخراجه من هذا الاصل في باب الدعاوي
وجاء الاشكال في هذه المسئلة وغيرها من الفروع المتفرعة على هذا الاصل و
الاولى عندي تقديم الظاهر لان خلاف الاصل اذا اعتضد بالدليل صار هو الاصل
قال قدس الله سره ولا يعد الفسخ في الطلقات وان ساواه في المهر ولو اسلم
الوثني قبل الدخول وجب نصف المسمى ان كان مباحا والا نصف مهر المثل ويحتمل
المتعة اقول من احكام الفسخ انه لا يعد في الطلقات لانه ليس بطلاق واذا كان
الاسلام من الزوج قبلها وجب المهر ان كان بعد الدخول ونصفه ان كان قبله و
المهر مباحا وان كان محرما كالخمر او الخنزير ففيه احتمالان احدها نصف مهر
المثل لان مهر المثل هو الواجب مستقرا بالدخول هنا وكل مهر غير مفوض
يجب مستقرا بالدخول يتشطر بالطلاق وشبهه لانه قد سمى مهرا وكل عقد
يسمى فيه مهر فهو غير مفوض ويجب المسمى او مهر المثل والا كان مفوضا وهو
خلاف المقدر فلو وجب كله بالطلاق وشبهه لوجب مستقرا قبل الدخول وهو

باطل اجماعا فتعين النصف وفي الكلية منع وبانسها المتعة لان هذا المهر
قد بطل ولم يذكر عينه فصار كالمفوض ولا يخلو من منع وهذا متفرع على صحة
انكحة الكفار قال قدس الله سره وان كان بعده وجب المسمى او مهر المثل
على التفصيل اقول معناه لو اسلم الوثني بعد الدخول فاما ان يكون المهر
مباحا او محرما وعلى كل تقدير فاما ان يكون قبل قبض شيء منه او بعد قبض الكل
او بعد قبض البعض دون البعض فالاقسام ستة آ ان يكون المهر مباحا واسلم قبل
قبض شيء منه فيجب عليه تسليمه ب ان يسلم بعد قبض بعضه فيجب عليه تسليم الباقي ج
ان يسلم بعد قبض الكل فلا كلام د ان يكون المهر محرما ويسلم قبل قبضه فيجب عليه
مهر المثل لوجوب المهر بالدخول وفساد الخمر فيرجع الى مهر المثل او يدركه ورد لو تزوج
المسلم على رق حر كان عليه قيمته عند مستحليه او مثله خلافا لقول شاذ منا او ابى
لثبوته بالنكاح وتقرير الشارع عليه خلافا للمسلم قلنا لو قلنا به لا نسحب لكن
منعناه لكذبهما لعلمنا المجتهدين والذي المصنف ه ان يكون المهر محرما واسلم بعد قبضه
فقد وقع القبض موقعه وبرئ و ان يكون اسلم بعد قبض بعضه وقد مضى حكمه
والى هذا التقسيم والتفصيل اشار بقوله على التفصيل قال قدس الله سره وروي
ان اباق العبد طلاق زوجته وانه بمنزلة الارتداد اقول هذه رواية عمار الساباطي
عن الصادق عليه السلم قال سألته عن رجل اذن لعبده في تزويج امراة حرة فتزوجها ثم ان
العبد ابق فقال ليس لها على مولاه نفقة وقد بانت عصمتها منه فان اباق العبد
طلاق امراته وهو بمنزلة المرتد عن الاسلام قلت فان رجع الى مواليه ترجع اليه امراته
قال ان كانت قد انقضت عدتها منه ثم تزوجت غيره فلا سبيل له عليها وان لم تزوج
وان لم تنقض العدة فهي امراته على النكاح الاول والى هذا ذهب الشيخ في النهاية
وخص ابن حمزة الحكم المذكور بعبد زوجته امة وتزوج باذن السيدين ومنع ابن
ادريس ذلك وقال ان النفقة على السيد ولا تبين من الزوج باباقه والرواية ضعيفة
فان عمارا الساباطي فطحي والاستاذ المصنف يقوله والطريق ضعيف وفي الحكم
اضطراب فالاولى الاعتماد على الاصل وهو البقا قال قدس الله سره ولو شرط
على المحلل رفع النكاح بعد التحليل فالاقرب بطلان العقد اقول هذا مبني
على ان الشرط الفاسد اذا لم يتضمن تحليلا مبطلا ولا كون احد العوضين او
جزئه

بلغ

جزئه غير قابل للملك هل يبطل العقد او لا فالاصح لا لان كل ما لم يشرطه الشارع
في نفس العقد فاذا شرط فيه فالعقد يقتضيه وهو السبب فيه فان صلح شرعا
لسببيته بذكره فيه واشتراطه كان صحيحا ولزم وان لم يصلح كان الشرط باطلا
وكان وجوده كعدمه ولا يقتضي ذلك بطلان العقد لان العقد غير معلق عليه والا
بطل مطلقا سوا كان الشرط صحيحا او لا لان العقد المعلق باطل ويحتمل ان
يبطل العقد وهو قول المصنف لان التراضي انما وقع على هذا الوجه فلو صح لزم صحة العقد
بغير تراض وهو محال وهذا هو الوجه عندي قال قدس الله سره ولو شرط الطلاق
قيل صح العقد دون الشرط فلو دخل فلها مهر المثل اقول هذا قول الشيخ في المبسوط
فانه ذهب الى بطلان الشرط وصحة العقد وبطلان المسمى لانها انما رضيت به لاجل
الشرط ولم يحصل وثبوت مهر المثل لانه لا دليل على بطلان العقد والاصح عندي بطلان
العقد لان التراضي شرطه وانما وقع على هذا الوجه المخصوص قال قدس الله سره و
والعزل عن الحرة اذا لم يشترط في حال العقد مكروه وقيل حرام اقول العزل عن المراة
الحرة المنكوحة بالدائم اذا جامعها في الفرج فيه قولان فالقول بالكراهة هو المشهور بين
الاصحاب واختاره الشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادريس والتحريم هو مذهب الشيخ
في الخلاف وقواه في المبسوط ويظهر من كلام المفيد لما روى محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما
عليهما السلم انه قال سئل عن العزل فقال اما الامة فلا باس واما الحرة فاني اكره ذلك
الا ان يشترط عليها حين تزوجها والاصح الاول لما روي عن عبد الرحمن بن ابي
عبد الله في الموثق عن الصادق عليه السلم قال سألته عن العزل فقال ذاك الى الرجل وترك
الاستفصال مع قيام الاحتمال يدل على عموم المقال والجواب ان الرواية لا
تدل على التحريم بل على الكراهة بالمعنى الاعم والاصل انتفا التحريم فتعينت الكراهة بالمعنى
الاخص وقت لو انهى النبي عليه السلم عن العزل عن الحرة الا باذنها فلما منع السند والدلالة

بلغ

الباب الرابع في اقسام النكاح وفيه مقصدان

الاول في المنقطع وفيه فصلان الاول في اركانه قال قدس الله سره ولا
بد من صيغة الماضي في الطرفين وقيل لو قال اتزوجك بكذا مدة كذا مستفهما فقالت
زوجتك صح اقول الاول هو المشهور بين الاصحاب وهو اختيار ابن حمزة لان

الانشاء ان جمعيها وصرحت بصيغة الماضي لاشتراكها في الثبوت الفعلي ولاذا
كان اللفظ سببا شرعيا لم يتغير المعنى وان الحلي في المعتبر وقال ابن ابي عقيل
وجماعة انه يصح المتعة لو قال الزوج اتزوجك بكذا متعة مدة كذا وقصد الانشاء
صح لما رواه ابان بن تغلب في المتعة اتزوجك متعة فاذا قالت نعم فهي زوجتك
وفيه نظر لمنع صحة السند ولو صح لصح بتقديم القبول والايجاب نعم والحق عندي
انه لا يصح **قال** قدس الله سره والامة على الحرة الا باذنها فيقف او يبطل على
الخلاف **اقول** ما يتوقف عليه العقود على اقسام ثلثة احدها ما يتوقف
عليه حله وقبوله وامكان تاثيره كتوقف عقد النكاح على انقضاء العدة
وثانيها ما يتوقف عليه سببيته بالفعل للحكم وان كان مؤثرا كاذن المالك في عقد
الفضولي عند القائلين به وثالثها ما يتوقف عليه لزومه لا صحته كانقضاء
الخيار في البيع اذا عرفت ذلك فنقول نكاح الامة موقوف على اذن الحرة فهل هو
للتوقف من النوع الاول او من النوع الثاني فيه قولان وقد تقدم الخلاف والحق انه
الكل على انه ليس من النوع الثالث والاكتفاء بالبطلان لرواية الحلبي في الحسن عن
الصادق عليه السلم ومن تزوج امة على حرة فنكاحه باطل وهذان للاصحاب على مذهب
من يذهب الى ان عقد النكاح يقع موقوفا اما من منع وقوعه موقوفا وهو
قول الشيخ في الخلاف فانه يكون هنا اولى بالبطلان **قال** قدس الله سره ولو ظهر
فساد العقد اما بظهور زوج او كونها اخت زوجته فلا مهر ان لم يدخل ولو
قبضته استعادته وان دخل فلها المهر ان جهلت والا فلا وقيل يأخذ ما قبضته ولا
يلزم الباقي ويحتمل مهر المثل **اقول** اذا ظهر فساد العقد لم يجب شيء الا بالدخول
وماذا يجب الحق مهر المثل لانه قيمة البضع وقال الشيخ في النهاية لها ما اخذت منه
ولا يلزمه ان يعطيها ما بقي عليه لما رواه حفص بن البختري عن الصادق عليه السلم
قال اذا بقي عليه شيء من المهر وعلم ان لها زوجا فما اخذته فلها بما استحل من فرجها
ويحبس عنها ما بقي عنده وهو محمول على جهلها والا كانت بغيا والنبي عليه السلم
قد نهى عن مهر البغي والجواب والذي المصنف وابن حمزة يحمل قول الصادق
عليه السلم يحبس عنها ما بقي عنده على ما اذا كان قد بقي عليها من الايام بقدره
وفيه نظر لبطلان المسمى لبطلان سببه فلا يسقط ومهر المثل يستحق بالوطي
فلا يسقط ويمكن حمله على ان المقبوض هو قدر مهر المثل **قال**

قدس

قدس الله سره ولو اخل به بطل وقيل ينقلب دائما **اقول** اذا اخل بالاجل في عقد
المتعة قال الشيخ الطوسي رحمه الله ينقلب دائما وتبعه ابن البراج وابن حمزة
وابو الصلاح وابن زهرة وقال ابن ادريس ان كان الايجاب بلفظ التزويج او النكاح
انقلب دائما وان كان بلفظ التمتع بطل والحق عندي واختيار والدي وهو البطلان
مطلقا لان الاجل شرط صحة عقد المتعة وعدم الشرط يستلزم عدم المشروط
اما المقدمة الاولى فلما رواه زرارة في الصحيح عن الصادق عليه السلم قال لا تكون
متعة الا بامرين باجل مسمى واجر مسمى وللاجماع والمقدمة الثانية ظاهرة والدليل
لم يقصد والعقود تابعة للقصود **احتج** الشيخ بما رواه عبد الله بن بكير في
الموثق عن الصادق عليه السلم قال ان سمى الاجل فهو متعة وان لم يسم الاجل فهو نكاح باق
والجواب المراد بارادته والتقدير بارادة عدمه اما **اولا** فلان حمل اللفظ المشترك على
احد معنييه مع ارادة المعنى الاخر المباين له باطل اجماعا واما **ثانيا** فظاهر ويلزم القائل
بحمله على الدوام مع ترك الاجل حمله عليه مع ترك الاجل والمهر معا لان اهمال الاجل
تصرفه الى الدوام ولا يشترط في الدوام ذكر المهر

الفصل الثاني في الاحكام

قال قدس الله سره لا ولاية على البالغة الرشيدة وان كانت بكرا على الاقوى **اقول** المراة البكر
البالغ الرشيدة لا ولاية عليها في غير النكاح اجماعا بل البحث هنا في النكاح وهو يقع
في مقامات ثلثة هل الولاية ومن له الولاية ومحل الولاية والمقصود بالبحث هنا
الاول والباقيان كل منهما مذكور في موضعه فنقول قال المصنف والدي ووالده
قدس الله سرهما لا ولاية عليها في شيء من الانكحة وهو مذهب السيد المرتضى وابن الجنيد وسلار
واحد قولي المفيد وقال الشيخ في النهاية له عليها ولاية فلا انفراد لها بل له وهو اختيار
الصدوق وابن ابي عقيل وابن البراج والفرق بينها وبين الصغيرة اعتبار عبارتها
ووقوف عقدها على اجازة الولي دون الصغيرة وقيل بالتشريك بين المراة والولي
فلا انفراد لها بالعقد على نفسها ولا له بل يشترط اذنهما معا وهو اختيار ابي الصلاح
والاصح عندي الاول **لنا** قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره جعل النكاح لها
وهو عام شامل لصورة النزاع ولما رواه زرارة عن الباقر عليه السلم قال اذا
كانت المراة مالكة امرها تبيع وتشتري وتعتق وتشهد وتعطي من مالها
ما شاءت فان امرها جائز تزوج ان شاءت بغير اذن وليها وان لم يكن

تكن

فلا يجوز تزويجها الا باذن وليها احتج الشيخ بما رواه ابن ابي يعفور
في الصحيح عن احدهما عليهما السلم قال لا تتزوج الجارية اذا كانت بين
ابويها ليس لها مع الاب امر وقال تستامرها كل احد ما عدا الاب والجواب
ما ذكره المصنف بحمله على الكراهة قال قدس الله سره ويلزم ما شرط في
متن العقد اذا كان سايغا ولو قدمه او اخره لم يعتد به ولا تجب اعادته بعده
لو قرنه به على راي اقول متن العقد ما بين الايجاب والقبول فكل شرط سايغ
لا ينافي العقد وذكر بين الايجاب والقبول فانه يلزم وما ذكر قبل الايجاب
او بعد القبول لا يلزم وقال الشيخ في النهاية يشترط في الشرط ذكره في متن
العقد وبعده على الفور معا فنذكر دليل قولنا اولا ثم البحث في مراد الشيخ
اما أ فلان السبب الفاعلي في لزوم الشرط العقد وحدوث المسبب قبل السبب الفاعلي
او بعد عدمه محال احتج الشيخ بما رواه بكير بن اعين عن الصادق عليه السلم
قال اذا اشترطت على المراة شروط المتعة فرضيت بها واوجبت التزويج فاردد
عليها شرطك الاول بعد النكاح فان اجازته جاز وان لم تجزه فلا يجوز عليها
ما كان من الشروط قبل النكاح والجواب ما ذكره المصنف قدس الله سره بان الصادق
عليه السلم اشار الى ذكره بين الايجاب والقبول لانه عقيب الايجاب بالشروط بلا فصل
ولا تاخر لقوله له الفاعلية وقوله فان اجازته يشير الى القبول المتاخر والمراد بالنكاح
في قوله بعد النكاح الايجاب تسمية للجزء باسم الكل مجازا او اما ب فنقول الظاهر
ان الشيخ قصد ذلك وسمى الايجاب بالنكاح مجازا تبعا للرواية لانه اسبق
بالعلة الفاعلية والقبول بالقابلية وحكم ابن ادريس ان مراد الشيخ بقوله
بعد العقد بعد تمام العقد وهو بعد القبول وحجة الشيخ على ما فهم ابن ادريس
ما رواه عبد الله بن بكير في الحسن عن الصادق عليه السلم قال ما كان من شرط قبل
النكاح هدمه النكاح وما كان بعد النكاح فهو جائز والجواب ان
نحمل الايجاب على ما يشهد به روايته خصوصا مع قيام الدليل على نقيضه قال قدس
الله سره ولا يقع بها طلاق بل تبين بانقضاء المدة ولا ايلاء ولا لعان على راي
اقول قال المرتضى يقع بها اللعان والايلاء وقال الشيخ وابو الصلاح لا يقع
وهو الصحيح وسياتي قال قدس الله سره ويقع الظهار على راي اقول
هذا

هذا قول السيد المرتضى وابي الصلاح وابن زهرة وهو الاصح عندي وقال ابن
ادريس لا يقع بها ظهار ويظهر من كلام ابن الجنيد والصدوق ذلك لانهما قالا
لا يقع الظهار الا موقع الطلاق احتج ابن ابي عقيل والاولون بوجوه الاول
لازم اما ان المنقطع لا يقع او يقع بها اللعان والظهار والاول منتف اجماعا
فيثبت الثاني بيان الملازمة انها ليست بملك يمين وان لم تكن زوجة حرمت
لانحصار المحلل في الزوجة وملك اليمين لقوله تعالى فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك
هم العادون وان كانت زوجة دخلت تحت عموم اية الظهار واللعان ولا
يخصص خصوص السبب احتج المانع بان الاصل بقاء الاباحة والنص ايجاب الكفارة
في قصة الدوام فيبقى غيره على اصل بقاء الاباحة والجواب ان صيغة النص عامة
والاعتبار بعموم الصيغة لا الاعتبار بالسبب قال قدس الله سره ولا توارث
بين الزوجين شرطا سقوطه او لا ولو شرطاه فالاقوى بطلان الشرط اقول
اختلف الناس في توارث الزوجين بالعقد المنقطع على قولين الاول ان العقد
يقتضي التوارث ثم اختلفوا فقيل المقتضي هو العقد المطلق اي ماهية العقد من
حيث هي مع انتفاء مانع النسب لان موانع النسب هي موانع السبب للارث
فعلى هذا القول لو شرطا سقوطه بطل الشرط لان كلما يقتضيه الماهية من حيث
هي يستحيل عدمه مع وجودها وهذا اختيار ابن البراج لانها زوجة والاصل الحصر
في الاية وكل زوجة ترث وتورث بالزوجية لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم
ولهن الربع مما تركتم والجمع المضاف للعموم اورد لا يرث الذمية والقاتلة فليس بعام
قلنا العام المخصوص حجة في الباقي وقيل المقتضي اطلاق العقد اي العقد المجرد عن
شرط نقيضه لا عن الماهية بشرط لا شيء فعلى هذا يثبت الارث ما لم يشترطا سقوطه
فيسقط حينئذ وهو اختيار المرتضى وابن ابي عقيل القول الثاني انه لا يقتضي التوارث
لا العقد المطلق ولا اطلاق العقد ثم اختلف القائلون به على قولين احدهما
انه يتبع اشتراطه في العقد فيثبت مع اشتراطه ويسقط مع عدمه وهو اختيار
الشيخ وابن حمزة وقطب الدين الكيدري وثانيهما انه لا يصح اشتراطه في
العقد لان كلما لا يكون سببا للميراث شرعا لا يصير سببا بجعل الجاعل
وهو اختيار والد المصنف والتقي ابي الصلاح وابن ادريس وهو الحق عندي
لان زيادة هنا على النص نسخ لان الله تعالى حصر عين فرض ارباب الفروض

بجزء معلوم بالنسبة الى كل التركة وكيفية قيمة غيرهم فلو زاد او نقص بخبر واحد لم
نسخ القرآن بخبر الواحد ولا يجوز وللمارواه سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلم
قال سألته عن الرجل يتزوج المراة متعة ولم يشترط الميراث قال ليس بينهما ميراث اشترط
او لم يشترط وفي رواية جميل بن دراج انه سأل الصادق عليه السلم عن المتعة ما حدها
فقال يحدد رهما ان لا ترثك ولا ترثها الحديث فجعل نفي الميراث من مقتضى الماهية
لصحيح الشيخ لما رواه احمد محمد بن ابي نصر في الحسن عن ابي الحسن الرضا عليه السلم
قال تزويج المتعة نكاح بميراث ونكاح بغير ميراث ان اشترطت الميراث كان
وان لم يشترط لم يكن وما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلم قال
في تفسيره حيث قال ان اشترطت الميراث فهما على شرطهما **اقول** لا مقتضى
للميراث الا الزوجية ولا يقتضى الميراث الزوجية الا الدائمة فان اندرجت هذه في الزوجية
في الدائمة ورثت وان لم يشترط ثبوته وبطل شرط نفيه وان لم تندرج في الزوجية
في الدائمة لم يثبت بالشرط قطعاً لانه شرط توريث من ليس بوارث وهو باطل اتفاقاً
ومن هذا ظهر ضعف قول من يثبته او نفيه بالشرط والحصرت القوة في قول من
قول من يثبته او نفيه مطلقاً ويبطل اشتراط نقيضه **قال** قدس الله سره فروع
لا ينقص المهر بالمنع عن بعض الاستمتاع لعذر كالحيض ولو منع الجميع كل المدة
كالمرض المدنف وكذلك على اشكال وكذا لو منع هو او هي لظالم **اقول** يشاء ان
المراة لو منعت كل المدة سقط المهر وبعضها سقط بنسبته فدل على انه بدل من
الاستمتاع المباح بالعقد فينتفي بانتفائه ومن وجود المقتضي وهو العقد اذ به يستحق
الزوج الاستمتاع والمراة المهر والاصل بقاء ما كان على ما كان والمانع منع الزوج
وهو منتف ولعلمنا انا نحكم الاستناد الا هنا على ثبوت المهر وعدم سقوط شيء منه
باصل بقاء الاستحقاق لثبوته بالعقد والاصح في مقابله استحقاق الاستمتاع
ولا يصح الاستناد الا على نفسه باصل البراة لانه يحتمة ما لم يتخلله بالدليل فينتقل
عنه ولا يبقى حجة وهو هنا كذلك لان بالعقد يثبت في الذمة اجل كلاً والتحقيق يعني ان
كون المنع بالعذر مانعاً للتنصيف يحتاج الى نص وهو مفقود وكون الرضى مانعاً للاستمتاع
في نفس الامر ما انتفا الا بعذر انا لا اضطرار به كما لو كان شرطاً في استحقاق المهر لم
يصح ابتداء النكاح على ذات العذر المانع كالمرض المدنف لان المهر شرط في المتعة
فبطلانه يستلزم بطلانها **قال** قدس الله سره والاقرب ان الموت هنا

كالدائم

كالدائم **اقول** وجه القرب ثبوت المهر بالعقد ولم يوجد سبب سقوطه وهو
منع المراة والنص على غيره والاسباب والموانع الشرعية انما تثبت بالنص لا غير
اجماعاً والاصل البقاء ويحتمل عدمه ان قلنا بسقوطه بالعذر لان منع الاستمتاع
لعذر يسقط فالموت اولى بالاسقاط لان الامتناع هنا اكد واقوى في وجوب
المهر وهذا الاحتمال ضعيف والحق عندي ثبوت المهر في الصورتين لان المهر
عوض ملك البضع وقد حصل والمراة لم تمنع **قال** قدس الله سره ولو عقد على مدة
متاخرة لم يكن لها النكاح فيما بينهما الى قوله ح لو مات فيما بينهما احتمل بطلان
العقد فلا مهر ولا عدة ولا ميراث ان ادخلناه مطلقاً او مع الشرط وعدمه
فيثبت النقيض **اقول** هنا فرع على صحة العقد على مدة متاخرة عن زمان ايقاع
العقد وتقريره انه اذا عقد على مدة متاخرة عن زمان ايقاع العقد ثم مات قبل
حضور مبدأ المدة فيحتمل هنا بطلان العقد من اصله لان هذا العقد صالح
لان تؤثر عند حضور المدة لان اثره ملك النكاح بالفعل والاحتياج وهو مشروط
بحضور المدة ويستحيل تحقق المشروط بالفعل بدون شرطه فاذا مات بطل
بمعنى زوال صلاحيته للتأثير ويحتمل صحته ابتداء بمعنى التاثير بالفعل واما
الموت يرفع استمراره لا ابتداءه كالدائم ويتفرع على ذلك المهر والعدة والميراث ان
شرط او مطلقاً على القول به فعلى الصحة بمعنى التأثير بالفعل واما الاحتمال الوطي
مشروطة بحضور المدة يثبت هذه الاحكام وعلى نفيها تنتفي والاصح عندي
بطلان العقد مع تاخر مدته عنه من اصله لعدم النص على الصحة فان الاسباب
انما تتلقى من النص وعلى قول القائل بصحته انه يكون له صلاحية التاثير عند حضور
المدة واجتماع الشرائط فاذا مات قبلها لم يثبت شيء من اثاره **المقصد الثاني**
في نكاح الاماء وفيه فصول **الاول** العقد **قال** قدس الله سره ولا يشترط
اسلام الامة في المتعة عندنا ومطلقاً عند اخرين **اقول** قد تقدم الخلاف
في نكاح الكتابيات **قال** قدس الله سره وفي اشتراط عدم الطول وخوف العنت خلاف
فان شرطناهما وقدر على حرة رتقاء او غائبة عنه بعيد او كتابية او من غلت في المهر
المجحف بالاسراف جاز نكاح الامة وفي ذات العيب اشكال **اقول** قد
تقدم الخلاف في جواز نكاح المسلم الحر للامة المسلمة وهنا ذكر ما يتفرع عليه
وتقريره انه على القول بتجويزه بشرطين عدم الطول وخوف العنت يتفرع عليه فروع
٢ لو وجد الطول وتعذر نكاحها اما لكونها رتقاء وتعذر علاجه هل يبرك

تفسيل البحث الاول ... لمعنى ع

ذلك منزلة عدم الطول ام لا من حيث شرط العدم ولم يتحقق فالحصول بعض الا
ستطاعات ومن حيث مشاركة العدم في المعنى وهو تعذر الوطي والعلة الداعية
الامن من العنت ولان [illegible] العلة الغائية من النكاح بقاء النوع والتحصل
من ذلك وعدم الطول انما شرط بالعرض والاصح عندي انه يبيح نكاح الامة
لعدم الطول ب لو قدر على نكاح حرة غائبة عن بلده وهي بعيدة عنه والمراد
البعد الذي يلحق المشقة لذهابه اليها والخلاف كما في والاولى عندي الصحة
ج لو قدر على حرة كتابية وامة مسلمة فان حرمنا نكاح الكتابية جاز نكاح الامة
قطعا وان جوزناه فعلى الغلطة احتمل التحريم ايضا لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم ٢
طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات الى
قوله ذلك لمن خشي العنت منكم فشرط عدم استطاعته نكاح المؤمنات وقد
حصل والاقرب المنع على القول به لانه قادر على الحرة وانما ذكر المؤمنات بناء
على الاغلب والاعم فان الغالب ان المؤمن لا يرغب الا في نكاح المؤمنات د لو غالت
الحرة في المهر بحيث يلحقه الاسراف وهو قادر عليه يحتمل انه يبيح لان ابذال المال
سفه كما اذا لم يحصل الماء الا باكثر من ثمن المثل فان له العدول الى التيمم وفرق بان
الحاجة الى الماء يتكرر فان الماء يتعلق به اغراض كلية لا يعد باذل المال في
مثلها مغبونا وقيل بناء هذه المسئلة على ان الرقبة في المرتبة لو لم يحصل الا باكثر من ثمن المثل
وهو قادر عليه هل ينتقل الى الصوم فان قلنا بالعدول لم يبح ههنا والا جاز والاصح
عندي عدمه لانه واجد للطول فينتفي شرط الاباحة ه لو وجد حرة ذات عيب
تخير في الفسخ ولا يمنع الوطي كالبرص فيه اشكال ينشأ من وجود الطول فانتفى شرط
اباحة نكاح الامة لاشتراط نفي وجدان الطول مطلقا ومن ان النكاح مداواة
الشهوة وهنا لا يحصل منها النفرة المضادة للشهوة فلا يتم به الغرض ومن ثم نشأ الخلاف
والاصح عندي انه يبيح قال قدس الله سره ولا يجوز للعبد ولا للامة ان يعقدا نكاحا
بدون اذن المولى فان فعل احدهما بدونه وقف على الاجازة على راي اقول القائل
بان عقد النكاح لا يمكن وقوفه على اجازة غير المتعاقدين قال هذا النكاح باطل
في نفسه وبه قال الشيخ في الخلاف والقائلون بان عقد النكاح قد يقف على اجازة
غير المتعاقدين اختلفوا هنا فقال بعضهم هذا النكاح يصح ويقف على اجازة
السيد ومعنى صحته صلاحيته للتاثير عند اجازة السيد وهو قول الشيخ الطوسي
رحمه

رحمه الله ايضا واختاره والدي قدس الله سره هنا وفي المختلف لما رواه زرارة في الحسن
عن الباقر عليه السلام قال سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده فقال ذلك الى سيده
ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما الحديث وقال ابن ادريس هذا العقد باطل
لانه منهي عنه وكل منهي عنه فهو باطل والكلية الكبرى ممنوعة ولما ورد عن النبي
عليه السلام ايما مملوك تزوج بغير اذن مولاه فنكاحه باطل وفي رواية فهو عاهر واجيب
بمنع السند ولو سلم لم تسلم الدلالة لجواز ان يراد الجواز او نفي اللزوم بدون الاذن سابقا ولحوقا
قال قدس الله سره ولو اجاز عقد العبد كان كالاذن المبتدا في النفقة وفي المهر اشكال
اقول هذا تفريع على وقوع عقد العبد موقوفا على اجازة المولى اذا لم ياذن فيه
ابتداء وتقريره ان نقول لاجازة السيد هنا كالاذن المبتدا في مواضع ثلاثة
أ في صحة العقد بمعنى صيرورته موثرا في الاباحة والدخول وذلك باجماع القائلين به
ب في النفقة والمشابهة في شيئين احدهما ايجابها للمتجدد بعد الاجازة والتمكين
لا قبل احدهما لان سببها التمكين من التمتع لا نكاحها بالعقد التام وهي تتجدد بتجدد
الاوقات وذلك باجماع القائلين بتوقفه على اجازة المولى وثانيهما في محلها ومحلها
كما ذكر في الاذن المبتدا باجماع القائلين بانه يقع موقوفا لما قررنا ج في المهر وفيه
وجهان احدهما انه كالاذن المبتدا اي في محل وجوبه هل هو ذمة السيد او كسب
العبد او رقبته فلما اخترنا من هذه الاقوال في المبتدا مثلي في الاجازة لتجاذبهما
في المباشرة والاثر والا لانتفى شرط صحته فكان باطلا بالاصالة وهو خلاف التقدير
لان البحث على تقدير صحته موقوفا وثانيهما انه في ذمة العبد هنا جزما لانه انما
اجاز عقدا لم يوجب في ذمة المولى شيئا ولان الاجازة لا تدل على الالتزام
والا لامتنع نفيه واتفقا الدال النفي اللاحقة ظاهر ولانه الزام العبد بدين لم يصل الى
المولى عوضه ولا يرجى حصوله للمولى فكان بمنزلة اتلاف الاجنبي استدانة بغير اذن
مولاه فان الاجازة هنا بعد الاتلاف لا توثر في الزام السيد والاصح عندي الاول
قال قدس الله سره ويحتمل ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد والاصح عندي الاول
وترجيح مختاره اقول ذكر والدي قدس الله سره في المطلب الخامس في الاحكام
من الفصل الثالث في الاولياء من هذا الكتاب هذه العبارة ولو اذن المولى لعبده في
التزويج صح فان عين المهر والا انصرف الى مهر المثل فان زاد على المعين او الزائد
في ذمته يتبع به بعد الحرية والباقي على مولاه وقيل في كسبه وكذا النفقة وقد ذكر

في هذا الفصل هذا الكلام وهو بيان وتنبيه على عدم جزمه بان مهر العبد على مولاه
فان ما ذكره فيما تقدم كان ترجيحا غير مانع من النقيض او رجع عنه لما
اداه اجتهاده ثانيا وهو ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد وهو اختيار الشيخ
في المبسوط لان غاية كسب كل انسان انما هو لصرفه في مؤونته وضروراته ومن مهماته
مؤونة النكاح لدفع الزنا بالحاجة الى النكاح ملكا لغير المكتسب علقه بالحاجة في السبب
فلما حصل الاذن تعلق به مؤن نكاحه وهي النفقة والمهر وهذا من الحكمة الالهية
ومن قال يجب على السيد قال لما ملك السيد كسبه اقتضت الحكمة الالهية
وجوب مؤونته ومؤن نكاحه على مولاه والا لزم ثبوت الحرج العظيم على بعض الامة في
التكليف وهو منفي بالاية ثم ذكر المصنف هنا مسئلة وهي انه لو كان مأذونا له في التجارة
تعلق ايضا المهر والنفقة بذمته بربحه وهو اختيار الشيخ في المبسوط واشار اليها بقوله
وربح تجارته لانه من كسبه وههنا فوائد آ مراد المصنف بالكسب الذي يتعلق به المهر الحاصل
بعد العقد والاذن اولا الاجازة لا قبل احدهما لانه خاص بالسيد كسائر امواله و لو
كان مؤجلا فالحاصل بعد حلوله هو في محله واما النفقة فالحاصل بعد العقد
والاجازة والتمكين التام وكذا في الربح ب معنى تعلقهما به تقديم المراة بهما
فيه لو حجر على السيد وعلى كونهما عليه تضرب بهما مع الغرماء ج قوله وربح تجارته احترازا به
عن راس المال فانه لا يتجه منه د سالك والدك قدس الله روحه عن كيفية الصرف هنا
فقال يصرف كسب كل يوم الى النفقة فما فضل فالى المهر وهكذا الى ان يتم المهر ثم يصرف
الفاضل الى السيد ولا يدخر شيء من كسبه للنفقة المستقبلة قال قدس الله سره ولا
يضمن السيد بل يجب ان يمكنه من الاكتساب فان استخدمه يوما فاجرة المثل كالاجنبي ويحتمل
اقل الامرين من كسبه ونفقة يومه اقول لما بين تعلقهما بكسبه وكسبه للمولى وتعلق
حق كل انسان بمال غيره تعلق استيفاء على وجهين احدهما ان يتعلق مع ذلك
بذمته كالضمان مع شرط الاداء من مال بعينه والرهن وثانيهما ان لا يتعلق
بذمته وهو اجرة الجناية تتعلق برقبة العبد فاراد ان يبين المصنف قدس الله
ان تعلق النفقة والمهر من النوع الثاني اي لا يتعلقان بذمته بل بنوع من ماله وهو
كسب العبد لان المولى لم يلتزم بهما تصريحا ولا تعريضا اذا تقرر ذلك فنقول
يجب على المولى تمكينه من الاكتساب للنفقة والمهر لاذنه في النكاح فان استخدمه
يوما مثلا لزمه اجرة المثل لانه اتلف منفعة تعلق بها حق الغير فيجب ضمانها
بقيمتها كما لو استخدمه الاجنبي وللاستظهار لجواز القصور عند الاداء
والاصح

والاصح انه يجب اقل الامرين من اجرة المثل وكمال المهر ونفقة مدة استخدامه لانه
ان نقصت اجرة المثل فالفاضل للسيد لا يضمنه لنفسه وان زادت فالذي استوفاه السيد
قدر الاجرة للغير فلا يضمن اكثر منها لان المتعلق انما هو بكسبه لا بالسيد وكسبه
هو قدر الاجرة قال قدس الله سره ويحتمل ثبوت النفقة في رقبته بان يباع منه كل
يوم جزء في نفقته ذلك اليوم ان لم يمكن اقول قبل اشتراط الوطي في النكاح منزلة
الجناية فيتعلق عوضه برقبته ولوجوب النفقة هنا اجماعا وليس على السيد للاصل
بخلاف نفقته لانها لبقاء الشخص وهو المملوك للمولى لا النوع ونفقة الزوجة من
توابع بقاء النوع لانه العلة الغائية في النكاح ولا على كسب العبد والا تعلق الواجب
المطلق بالممكن ولو لم يجب لتضررت المراة والعبد لعدم الرغبة وغلبة الشهوة و
دفعا للحرج فتعينت رقبته فيعطيها ما يباع في نفقته كل يوم منه جزء ان امكن قال
قدس الله سره ولو قصر الكسب او لم يكن ذا كسب احتمل ثبوت النفقة في رقبته وفي ذمة
المولى وان تتخير بين الصبر والفسخ ان جوزناه مع العجز اقول نفقة زوجة
العبد عند المصنف والشيخ واجبة على كل تقدير ثم ذكر وجوب النفقة في
كسب العبد احتمالا عند المصنف والشيخ واختيارا المختار عدم الكسب او قصوره عن النفقة
وقد ذكر له احتمالات ثلثة آ ثبوت النفقة في رقبته ب في ذمة المولى ج ان
تتخير المراة بين الصبر والفسخ ان جوزناه مع اعسار الزوج وقد تقدم وجه الاولين
ووجه الاخير يأتي في موضعه قال قدس الله سره ولو تزوج الحر من غير اذن مالكها
ووطئ قبل الرضا عالما بالتحريم فهو زان وعليه الحد وفي المهر مع علمها اشكال ينشأ
من انها زانية ومن ملكية البضع للمولى اقول الاصح عندي الذي افتي به انه لا مهر
لانها بغي وكل بغي منهي عن مهرها لنهيه اي رفعها هبته بالخبر المتواتر عن النبي صلى الله
عليه وآله وسلم والبضع لا يثبت لمنافعه عوض الا بعقد او شبهة او اكراه لها يخرج
عن كونها بغيا فلا وجه عندي لهذا الاحتمال الا للخير وانما يثبت على الزاني بامة
الغير وعليها مع علمها العوارض اخرويه للمالك لا دنياوية ولو علم التحريم دونها كان
عليه المهر والعقاب الاخروي وان علمت دونه فعليها وعليه عوض اخروي
خاصة للمالك وعلى العالم العقوبة ايضا قال قدس الله سره ولو كانت بكرا لزمه
ارش البكارة ولو كان عبدا فان قلنا انه ارش جناية تعلق برقبته يباع فيه وان
قلنا انه مهر تبع به بعد العتق اقول وجه كونه ارش جناية على البكارة

انه قد حصل جرح وتعويق اتصال في الاعضاء وهذا معنى الجناية وبه قال ابن البراج وكونه
مهرا ان الشارع جعله سببا للوطئ وجعل العوض في الجراح مهرا او تستعدي الكافر اذا
جنت زوجته الناشز غير اسقاط عوض للبكارة وفي تعلق لي لندر واليمين والاصح عنده
المولى لان هذه الجناية قطعا على ملك الغير ولا يهدر الا بقتال
لا ارش لسقوط بزناها وعدم اعتباره انه في الحي مهر
سقوطه بزناها لاذنها وعدم اعتباره بعدمه بل يثبت مهر المثل لانا نقول
اعتباره او عقره ومهر المثل اذا وجب بجهلها انه ستمنها سلم عدم
قال قدس الله سره وكذا لو ادعت الحرية فعقد ويلزمه المهر وقيل العشر
مع البكارة ونصفه لا معها اقول قوله وكذا عطف على قوله ولو وطئ جهلا
او شبهة ومعناه اذا ادعت الحرية فعقد عليها بمجرد دعواها ولحق عليه كما ذكر
في قوله ولو وطئ جهلا الى اخره وقوله هنا ويلزمه المهر مراده بالمهر هنا المسمى
قوله ولو وطئ جهلا الى اخره ان بقوله وعليه المهر مهر المثل قطعا ثم ذكر هنا الخلاف فيه
بقوله وقيل واقول في هذه المسئلة انه مع الوطئ هنا يلزمه عوض البضع
ما جمع المسلمين لانه وطئ ليس بزنا ولا عن ملك يمين فكان له عوض وفيه اقوال
أ قال الشيخ على المسمى وهو اختيار ابن البراج لانه عقد صحيح ظنا قبل ظهور العيب
فيجب للعقد وعروض الفسخ لا يوجب فساده من اصله وبه قال المصنف ان كانت قد دفعت
في المدلسة ب العشر ان كانت بكرا او نصفه ان كانت ثيبا وهو اختيار ابن الجنيد ج يلزمه
مهر المثل وهو قول الشيخ في المبسوط وابن حمزة لانها ملك للغير والنكاح موقوف على
رضاه فاذا لم يرض تبين فساده من اصله فكان كالفاسد من اصله لانه صح
والولد رق وعليه قيمته يوم سقط حيا وعلى المولى دفعه اليه قال قدس الله سره
فيه فان امتنع قيل يعطيهم الامام من سهم الرقاب فان لم يكن مال استسعى
في ذكر حكم الولد ومذهب الشيخ رحمه الله انه رق وعلى ابيه قيمته يوم سقط حيا اقول لما ذكر حكم المهر شرع
وعلى المولى دفعه اليه ومع اعساره يستسعى فيه فان امتنع فعلى الامام دفع من سهم
الرقاب وهو قول ابن البراج وابن حمزة وقال ابن ادريس الحر وليس من سهم الرقاب
لانه مخصوص بالمكاتبين والعبيد والولد ليس احدهما انه حر وقال ابو الصلاح
الولد حر وعليه قيمته ويرجع بها على من تولى امرها فان كانت هي التي عقدت على
نفسها لم يرجع على احد شيء لحسنة الشيخ عن زرارة وسماعة عن الصادق عليه
السلم

السلم قال سألته عن مملوكة اتت قوما وزعمت انها حرة فتزوجها رجل منهم واولدها
ولدا ثم ان مولاها اتاهم فاقام عندهم البينة انها مملوكته واقرت الجارية بذلك فقال تدفع
الى مولاها هي وولدها وعلى مولاها ان تدفع ولدها الى ابيه بقيمته يوم يصير اليه
قلت فان لم يكن لابيه ما يأخذ ابنه به قال يسعى ابوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ
ولده قلت فان ابى الاب ان يسعى في ثمن ابنه قال فعلى الامام ان يفديه ولا يملك ولد
حر والاصح عندي حرية الولد وعلى الاب قيمته لمولاه ويسقط مع اعساره ويؤديه
الامام فكه من بيت المال لانه من المصالح وهو اختيار والدي المصنف في
المختلف والجواب عن حجة الشيخ ضعف السند وعدم دلالتها على تمام
دعواه فان الصادق عليه السلم لم يعين فداهم من سهم الرقاب وقوله فعلى الامام
ان يفديه لا يدل على جواز ان يفديه من بيت المال لانه من المصالح وادعى رق الولد
وقد قال الصادق عليه السلم ولا يملك ولد حر فجعله حرا الاتفاق هذا يلزم ان
جعل حرا صفة لولد وان جعلناه مضافا ومضافا اليه لا يلزم حرية الولد لانا نقول
ان سلم لزم لان يملك فعل مستقبل دخل عليه حرف النفي فيفيد مقابله وهو الحرية لعدم
خلو الموضوع عنهما هنا وجعله نهيا يستلزم تكليف ما لا يطاق اذ الملك هنا علامة
حكم من الشارع غير مقدور له في الاخبار خلاف للاصل واعلم ان قول المصنف
والولد رق عطف على قوله العشر مع البكارة ونصفه لا معها فقوله هنا والولد رق
تمام القول الذي حكاه بقوله وقيل لان المصنف قال قبل ذلك ولو وطئ جهلا او شبهة
فلا حد وعليه المهر والولد حر وجعلها هنا الحرية هو شبهة قال قدس الله سره
ولو تزوج العبد حرة الى قوله ولو تزوج بامة فان اذن المولىان فالولد لهما ولو
اذن احدهما فالولد لمن لم يأذن خاصة ولو اشترك احدهما بين اثنين فاذن مولى المختص
واحدهما فاشكال اقول ينشأ من عموم قولهم فالولد لمن لم يأذن فيوجد اذن
احدهما وانتفاء اذن الاخر سبب الملك لمن لم يأذن وهذا متحقق هنا ومن انه
في الحقيقة ما للاب والام معا فاذا انتفى اذن مالك احدهما وتساوي اذن الاخر
اسقط الشارع اعتباره لكونه نما لمن اذن مولاه ونسبه الى الاخر وكان نما ملكه
فكان له والملك لا يحصل نما لنصف احدهما ولانه خروج عن حرمة النص فلا يتعدى الحكم
الى ما يخالف الاصل قال قدس الله سره ولو تزوج عبده امته ففي اشتراط قبول
المولى والعبد اشكال ينشأ من انه عقد او اباحة اقول وجه كونه عقدا ما

وحكى الصدوق في كتاب من لا يحضره الفقيه في الصحيح عن العلاء عن محمد بن مسلم عن
الباقر عليه السلم قال سألته عن الرجل كيف ينكح عبده امته قال يجزيه ان يقول قد انكحتك
فلانة ويعطيها ما شاء من قبله او من مولاه ولا بد من طعام او درهم او نحو ذلك
الحديث سماه نكاحا والاصل الحقيقة واوجب عليه اعطاء شيء وشرطه بقوله
ولا بد ولا شيء من الاباحة يشترط فيها ذلك ولانه اما نكاح او اباحة وبانتفائه يخلو
كلية اجلعا وليس باباحة لما رواه علي بن يقطين عن ابي الحسن عليه السلم قال سألته عن
المملوك يحل له ان يطأ الامة من غير تزويج اذا احل له مولاه قال لا يحل فتعين كونه
عقدا ومنهم من قال انه اباحة تمليك لا عقد لعدم جوازها في حق العبد وجواز عقد
النكاح بالاباحة لينتفع العقد وسبب اباحة النكاح محصور في العقد والملك لقوله تعالى
الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم
العادون وعندي فيه نظر لا دلالة رواية محمد بن مسلم على كونه عقدا نظرا الى ان العقد
انشاء وقد يختص بالافعال ووجه كونه اباحة انه لا يفتقر الى قبول لما
تقدم وكل عقد يفتقر الى القبول ولان رفع هذا النكاح بيد المولى ولا شيء من
النكاح الحقيقي رفعه بيد المولى ولان رفع النكاح اما الصغرى
فلما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلم قال سألته عن قول الله
عز وجل والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم قال هو ان يأمر الرجل عبده و
تحته امته فيقول له اعتزل امرأتك ولا تقربها ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسها وانما
الكبرى فلان رافع العقد اما الطلاق او الموت او تجدد ملك او عتق مع فسخ
المالك او العتيق او ملك او عيب لعينه على قول وما عدا الاول هنا
منتف والاول لانه جعل قوله اعتزل طلاقا لزم ان يكون الطلاق بيد غير الزوج
وهو باطل بقوله عليه السلم الطلاق بيد من اخذ بالساق ولانه تعتبر الصيغة المعينة
وهو باطل باجماع اصحابنا وبالاول وهو كونه عقدا قال المفيد ويلوح من كلام
الشيخ واتباعه والثاني وهو كونه اباحة قول ابن ادريس والاقوى
عندي ان التحليل والاباحة لا بد معها من القبول قال قدس الله
سره وفي وجوب اعطائها من مال المولى شيئا خلاف اقول قال الشيخ
في النهاية والمفيد وابو الصلاح وابن حمزة وابن البراج بالوجوب للرواية المتقدمة
وغيرها وقال ابن ادريس بعدم الوجوب ولتعلم ان القول بالوجوب مبني على
مقدمات

أ ان العقد يقتضي وجوب المهر ومع الدخول لا بد فيه من ثبوت مهر وان لم يكن
ذكر شرطا ب ما للمملوك لمولاه وكذا كسبه ولا يملك المملوك على المولى شيئا و
النفقة وحكمها اتباع الحكمة والتعلق حق مالي يتولى كسبه والا لتعلق عالية
ج لاحد الامرين لانه اما كون اعطاء المولى للجارية شيئا هنا امتاعا كاستحقاق
الزوجة الاخدام على الزوج او تمليك العبد ما يملكه مولاه فمع منع واحد من هذه
المقدمات لا يتم هنا وجوب الاعطاء قال قدس الله سره ولو اعتقها فاجازت فاما
ان يكون قبل الدخول او بعده مع التسمية وعدمها فاشكال اقول هذا الكلام يدل
بالمطابقة على مسائل اربع لانه اذا اعتقها فاجازت فاما ان يكون قبل الدخول او بعده
وعلى كل واحد من التقديرين فاما ان يكون قد سمى شيئا او لا أ ان يكون قد اعتقها قبل
الدخول واجازت وقد سمى لها مهرا فالكلام في موضعين احدهما استمرار العقد
فان قلنا انه اباحة بطل وان قلنا انه عقد لم يبطل بالعتق مع الاجازة وثانيهما
في المهر فان قلنا انه اباحة فلا مهر قطعا وكان وجود التسمية كعدمها لان استحقاق المهر اما
بالوطي او بالعقد وكلاهما منتف وان قلنا انه عقد احتمل بطلان التسمية لان مهر المملوكة
لمولاها ومهر العبد اما على المولى او في كسبه او في رقبته وعلى الاول يتحد المستحق والمستحق
عليه والاستحقاق من باب النسبة ولا يتحقق مع اتحاد المنتسبين هنا وعلى الاخيرين
فالاستحقاق للسيد ممتنع على الغير وهذا قوي ويحتمل ان تعالى انا العقد وقع
بعبارة معتبرة فيكون صحيحا لما بين عند العتق انه ليس اقل من عقد الفضولي ولا يكون
المهر هنا على السيد ولا على الزوج الا مخصوصا على قول والذي اختاره المصنف وان اجاز لانه
لو كانا لاثنين او كان الزوج حرا ثم باع مولى الامة بعد العقد قبل الدخول واجاز المشتري
فان اجازته كالعقد المستأنف فالمهر للمشتري ب الفرض بحاله ولم يكن سمى لها مهرا
فان قلنا انه اباحة بطل هنا ولا مهر وان قلنا انه عقد كالمفوضة البضع فان طلقها
قبل الدخول فلا مهر وان طلق فالمتعة ج ان يكون بعد الدخول وقد سمى فان قلنا
انه اباحة بطل العقد ولا اعتبار بالتسمية فان قلنا بوجوب اعطائها شيئا من مال
المولى وكان قد اعطاها فلا تستحق غيره وان لم يكن اعطاها شيئا احتمل وجوب
مهر المثل على السيد للوجوب قبل العتق فبعده اولى والمقدر قبل العتق اليه لانه وليها

فبعده ليس له وانه فيلزم مهر المثل وان قلنا بعدم وجوب اعطائها شيئاً فبقي هذه المسأله
على من اعتق امته المزوجة بعبد غيره بعد الدخول او قبلها فعلى يكون المهر له لا محالة
هنا فيخلو العقد والوطي عن استحقاق عوض مع كونه عقداً صحيحاً وهو غير معهود
في الشرع وان قلنا بوجوب اعطائها من كسب العبد فالمهر هنا عليه د ان يكون
بعد الدخول وقبل التسمية والاشكال فيها كما سبق ثم لعل انه على القول بكون مهر العبد
في كسبه او في رقبته يحتمل اسقاطه بعد العتق الى ذمته في كل الصور المذكورة ان امتنع التسمية عدم
وموت احدهما قبل الدخول واما قلنا بثبوته هنا على العبد لان النكاح سبب لثبوت المهر فحصل
العتق وجد مانع وهو ملكية المولى العبد والمهر وتغير ان هذا المانع بالعتق فان السبب وقع
المسأله وامثالها تسميها الفقهاء من المسائل المسلسلة واشكالها لذلك والاحتمالات
فيها وكثرة اصولها وفروعها وكل اصل يبتني عليه لا يخلو من اشكال ولا اقوى عندي في
هذه المسأله بل انه عقد وكل ما لم يتم فهو كمفوضة البضع قبل الدخول وبعده وكلما يسمى ع
بعد العتق ويكون للمرأة على الزوج **قال** قدس الله سره ولو اشترى الزوجة احد الشريكين
بطل العقد وحرم وطؤها فان اجاز الشريك النكاح بعد البيع ففي الجواز خلاف **اقول**
اذا تزوج الجارية مشتركة بين اثنين باذنهما ثم اشترى الزوج نصيب احد الشريكين من زوجته
بطل العقد اي عقد النكاح وحرم وطؤها ثم نقول هل يحل له وطؤها في حال الشركة
بسبب ما ام لا فيه لاصحابنا قولان احدهما المنع مطلقاً وهو قول ابن الجنيد لان البضع لا
يتبعض حلاً ولقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم
والتفصيل قاطع للشركة وفيه نظر لصدقه في منع الخلو خاصة ومنع الجمع والمطلوب
الثاني ولا دلالة للعام على الخاص وبانهما الآية بسبب ما ثم اختلفوا فيه على اقوال
ثلاثة ا انها تباح باباحة الشريك للعين لانها علك فلتحد السبب وهو ملك
المنفعة ويؤيده رواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلم في جارية بين رجلين دبراها
جميعاً ثم احل احدهما فرجها لصاحبه قال هو له حلال وهذا قول ابن ادريس ب
انها تحل بالعقد وهو اختيار ابن البراج ونقل عن الشيخ فانه قال في النهاية حرم
عليه الا ان يشتري النصف الآخر او يرضى مالكه بالعقد فيكون ذلك عقداً
صحيحاً بالاجازة ولانه وقع اولاً برضاه ولم يتجدد له ملك فلم يقف على اجازته
ثانياً وقال الفاضل المحقق ابو القسم سعيد المراد بالعقد عقد البيع على النصف
الثاني

الثاني قال فكانه يقول له ان يشتري النصف الآخر من البائع او يرضى مالك ذلك النصف بالعقد
فيكون له الاجازة لا كالعقد المستانف ويكون الالف في قوله او يرضى من البائع او
يكون بمعنى الواو هذا آخر كلامه وفيه تعسف وبعد والاعتراف بان البائع
وطي احد الشريكين المشتركة حال اشتراكها ج قول ابن حمزة يباح بعقد المتعة بشرط
ان يكون بين الشريكين مهاياة ويعقد في نوبة سيدها بالاذن والاصح عندي قول
ابن الجنيد وانما طولنا الكلام في هذه المسأله لانها موضع اشكال فاحببنا استيفاء
الاقوال فيها **قال** قدس الله سره ولو ملك بعضها وكان الباقي حراً لم يحل بالملك ولا
بالعقد وهل يحل متعة في ايامها قيل نعم **اقول** الجواز قول الشيخ في النهاية لانها في ايامها
كالحرة كلها تملك منافعها والاصح عندي انه لا يصح لان المهاياة تتناول الخدمة خاصة
لا منفعة البضع **قال** قدس الله سره وهل يقع عقد احد الزوجين الحر العالم بعبودية
الآخر فاسداً او موقوفاً على اذن المالك الاقرب الثاني فحينئذ لو اعتق قبل الفسخ لزم العقد
من الطرفين **اقول** البحث هنا كالمسأله المتقدمة فلا نكررها وانما ذكرها هنا
لفائدتين ا ليفرع عليها ما لو اعتق قبل الفسخ فانه على القول بالبطلان لا تصححه العتق
ولم يحتج الى الفسخ ويحتاج في النكاح الى عقد مستانف وعلى الوقف يصح ويلزم النكاح
لتحقق الشرط وانتفاء المانع ب الفرق بينه وبين ما اذا باع مال الغير بغير اذنه
ثم اشتراه من المالك فان الذي يبتنيه هنا هو الحرية شرط مجامع للنكاح وفي بيع
مال الغير اذا اشتراه البائع الموجب ضده لتضاد ملكي شخصين **الفصل الثاني** في
مبطلاته وهي العتق والبيع والطلاق **المطلب الاول** في العتق **قال** قدس
الله سره اذا اعتقت وكان زوجها عبداً كان لها الخيار على الفور ولو كانت تحت حر ففي خيار
الفسخ خلاف **اقول** اذا تجدد عتق الامة تحت زوجها العبد كان لها الخيار
اجماعاً لان بريرة عتقت وهي تحت عبد فخيرها النبي صلى الله عليه وآله وسلم واما اذا
كانت تحت حر فحررت فهل لها خيار الفسخ ام لا اختلف اصحابنا فيه فاثبته والدي
المصنف ووالده رحمهما الله والشيخ في النهاية والمفيد وابن البراج وابن الجنيد وابن
ادريس ونفاه بعض اصحابنا وقواه الشيخ في المبسوط والاصح عندي اختيار والدي
لما رواه ابو الصباح الكناني في الصحيح عن الصادق عليه السلم قال ايما امرأة اعتقت
فامرها بيدها ان شاءت اقامت وان شاءت فارقته وهو عام شامل للصورة المتنازع
وعن زيد الشحام عن الصادق عليه السلم قال اذا اعتقت الامة ولها زوج خيرت ان كانت

بحث حتى المعتبر ... وقال عليه السلم لبريرة ملكت بضعك فاختاري جعل ملك البضع
علة فلا مدخل لعبودية الزوج لان الحر اقوى السبب مكانه غير جائز وهو متحقق هنا بحجة
للشيخ المبسوط بان المقتضي للزوم العقد وجد والاصل بقاء ما كان على ما كان **قال**
قدس الله سره ولو اخرت الفسخ لجهالة العتق لم يسقط خيارها ولو كان لجهالة فوريته الخيار
او اصله احتمل السقوط وعدمه والفرق **اقول** الخيار هنا على الفور لما تقدم
من قوله عليه السلم لبريرة ملكت بضعك فاختاري والفاء للتعقيب من غير
تراخ وانها استشفع بالنبي عليه السلم فشفع فلم تقبل وهو يستلزم التراخي قلنا
ممنوع ولو سلم فلتاخيرها الفسخ جهلها بالخيار لكونها اشافع ان امره في
على فوريته فروعا ثلثة **آ** لو اخرت الاختيار لجهل العتق لم يبطل خيارها اجماعا
ب لو علمت العتق واخرت لجهل اصل الخيار احتمل السقوط لان جاهل الحكم لا يعذر
ويحتمل عدمه لانه حكم خفي فلو لم تعذر فيه لزم الحرج **ج** لو علمت العتق والخيار
واخرت لجهل فوريته احتمل ايضا وانه لجهل اصل الخيار لاتحاد طريق المسلمين
فانه انما عذرت ثمة لجهل الحكم فالفورية كذلك لانه اخفى وانه لا تعذر لجهل الحكم
سقط في المسلمين ولانه على الفور وثبوت الحكم لو كان مشروطا بالعلم به لتقدم
الشرط لكن العلم تابع فيتاخر فيدور ويعلى بعد في المسا انما يحتمل السقوط
في المسلمين وعدم السقوط فيهما يحتمل الفرق بين جهل اصل الخيار وجهل
فوريته فلا يسقط خيارها ان جهلت اصل الخيار ويسقط ان جهلت الفورية لان
تاخيرها مع جهل الخيار لا تعد جهله مقصرة بترك الخيار بخلاف ما اذا علمت اصل
الخيار وان جهلت فوريته ولان التاخير مع علم الخيار يدل على الرضا عرفا في
الغالب ولان معنى كون الخيار على الفور ثبوته في اول اوقات القدرة على الاختيار
ففي اول اوقات العلم بالبيع وثبوت الخيار مع عدم مانع خارجي يثبت الخيار وهو
غير باق شرعا فيسقط اما مع جهل الخيار فهو غير مقدور لان شرط تعلق القدرة
بالشيء العلم به والى هذا الاحتمال اشار المصنف بقوله والفرق **قال** قدس
الله سره ولو لم تختر حتى اعتق العبد فان قلنا بالمنع من الاختيار تحت الحر احتمل ثبوته
هنا لانه ثبت سابقا فلا يسقط بالحرية كغيره من الحقوق والسقوط كالعيب
اذا علم المشتري بعد زواله **اقول** على تقدير عدم الخيار في الحر الاقوى
عندي الثاني لان سبب الخيار حريتها وعبوديته وقد زال الجزء الثاني فبطل

سببيته

سببيته ولا يرد ان اشتراط رقه في الحدوث لا يستلزم اشتراطه في البقاء لان بقاء اصل
بقاء الشرطية ولانه شرط الوجود لا من حيث هو حادث والاصل فيه ان نص النبي
عليه السلم انما جاء في قضية بريرة وكان مملوكا فيبقى تعديتها على الخلاف الاصل **قال**
قدس الله سره ولو طلق قبل اختيار الفسخ احتمل ايقافه فان اختارت الفسخ بطل والا وقع
ووقوعه **اقول** اذا اعتقت فطلق عقيبه بلا فصل قبل اختيارها الفسخ لجهلها
بالعتق ومراده بالطلاق هنا الباين فيحتمل هنا ان يكون الطلاق مراعا فان فسخت
النكاح ظهر بطلان الطلاق وان لم تفسخ بان وقوعه لان تنفيذ الطلاق في الحال
جزما يبطل حقها من الفسخ وابطال الطلاق من راس مع مصادفته النكاح الدائم
وقد وقع من اهله في محله غير جائز فيعين الحكم بكونه مراعا والفسخ وعدمه كاشف عن
البطلان والصحة كالطلاق في الردة ويحتمل وقوع الطلاق لانه صادف نكاحا
دائما وهو من اهل الطلاق فيبطل الخيار واعلم ان الانفساخ بالردة يستند اليها
فظهور فساد الطلاق فيها لانه لم يصادف النكاح واما الانفساخ هنا فلم يستند
الى ما قبله وهو العتق بل الى فسخها فقبله النكاح موجود فيصادفه الطلاق فالفرق
الطلاق في الردة وهنا واعلم ان مراد المصنف بقوله احتمل ايقافه كونه مراعى لا موقوفا
كبيع الراهن **قال** قدس الله سره ولو كانا لاثنين فاعتقا دفعة او سبق عتقها او مطلقا
على راي اختارت **اقول** قوله مطلقا اي سواء كان عتقها سابقا على عتقه او متاخرا
عن عتقه او مقارنا وههنا مسائل ثلث **آ** اعتقا دفعة ومبناه على اختيارها
مع حرية زوجها لان عتقها لم يصادف عبوديته بل صادف حريته لانها منع بسببه
ومانع السبب متقدم على المسبب وفيها الخلاف كما مضى **ب** سبق عتقها على عتقه
فاما ان يكون قد فسخت انقضى هذه المسئلة على انه اذا اعتقت الزوج قبل فسخها
وقد مضى البحث فيه **ج** لا يعتبر سبق احدهما بل نقول تخير متى اعتقت وفيه
الخلاف لانه مبني على المسئلة المتقدمة لعتق عتقها الحر حر ويوجد عتقه وقد مضى
الخلاف في الكل **قال** قدس الله سره ويجوز ان يجعل عتق امته مهرا لها ويلزم العقد
ان قدم النكاح فيقول تزوجتك واعتقتك وجعلت مهرك عتقك وفي اشتراط
قبولها او الاكتفا بقوله جعلت مهرك عتقك اشكال **اقول** الاصل في هذه
المسئلة ان النبي صلى الله عليه واله وسلم لما اسرت صفية بنت حيي بن اخطب من ولد هرون
بن عمران عليه السلم اصطفاها النبي صلى الله عليه واله لنفسه من الغنيمة في فتح خيبر

ثم اعتقها وتزوجها وجعل صداقها عتقها بعد ان حاضت حيضة واجمع اصحابنا على انه من
السنن المشروعة للعامة وهو ان يجعل عتق امته صداقها وقال اكثر الجمهور انها
من خصائص النبي عليه السلم وهنا مسئلتان آ هل يشترط قبولها ام لا يحتمل
الاول لان النكاح عقد لفظي وكل عقد لفظي لا بد فيه من القبول لفظا ولان حريتها
مقدرة حال النكاح لامتناع تزويج الانسان بجاريته فالحرية شرط للنكاح والشرط مقدم
بالذات فاعتبر قبولها ولان الصادر من المولى قبول النكاح فيعتبر ايجابها والقبول
منها وان كان في اللفظ قبولا لانه ايجاب في الحقيقة وقبولها كاشف عن صحة العتق
وصحة قبول السيد ويحتمل عدمه لان سبب الحرية تزويج السيد والمسبب لا يتقدم على السبب
ونكاح الامة بيد السيد فقوله تزوجتك لفظ يدل على تضمن اعتبار رضاه في قبول
النكاح والجارية فاجتمع هنا الوجهان بل متباينين وصح تزويج الامة في هذه الصورة بالنص
اجماعا لانه تؤول الى الحرية بلا فصل ولان سبب العتق جعله مهرا وسببه العقد فيتقدم
العقد عليه بالعلية وهو شرط لاعتبار قبولها فيتأخر عنه بالطبع فلو شرط فيه دار
واجيب بانه كاشف فهي امارة ولان النبي عليه السلم اصطفى صفية وتزوجها وجعل
عتقها مهرها ولم ينقل قبولها ولو قبلت لنقل لانه من السنن قالوا من خصائصه قلنا
فيجب بيانه والا لوجب التاسي به للاية ب هل يكفي وجعلت مهرك عتقك عن قوله
اعتقتك يحتمل ذلك وهو المفهوم من عبارة الاصحاب وصرح ابو الصلاح والمفيد
بان ثبوت المهر يكفي فيه ذكره في العقد فلا يحتاج الى صيغة اخرى صريحة في العتق وقيل
من اسندك بانه عليك الجارية ترقبها لانه اضافه لا بد فيه من تغاير المضافين هنا بالذات
والحق ان المهر هنا فك ملك التمليك ويحتمل عدم الاكتفاء به لان العتق لا يصح الا
بالصيغة الصريحة وهي التحرير والاعتاق على القول به ولاصالة بقاء الملك الى ان يعلم
المزيل قال قدس الله سره قيل ولو قدم العتق كان لها الخيار وقيل الخيار لها لانه
تمام الكلام اقول كلام الشيخ في النهاية يصرح بثبوت الخيار لها في الرضا بالعقد
والامتناع عن قبوله وتبعه ابن البراج وابن ادريس وقال ابو الصلاح يلزم النكاح
ولا يعتبر رضاها لان الكلام لا يتم الا بآخره كما لو قال اعتقتك وعليك كذا وهو
اختيار والدي المصنف في المختلف احتج ابو الصلاح بما رواه عبيد بن زرارة
عن الصادق عليه السلم قال قلت له رجل قال لجاريته اعتقتك وجعلت عتقك مهرك قال
فقال جائز اورد ان المطلوب اللزوم والجواز اعم منه واحتج المسوغ على اللزوم
فيلزم

فيلزم المحذور السابق عن وقت الحاجة قالوا ممنوع بل عن وقت السؤال قلت كلاهما
حق وعندي في الاصول ويمنع ان المسؤول عنه اللزوم اذ الصيغة مشتركة بينهما
والاولى عندي قول ابي الصلاح لما تقدم احتج الشيخ بما رواه علي بن جعفر
علي بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلم قال سألته عن رجل قال لامته اعتقتك وجعلت مهرك
عتقك فقال عتقت وهي بالخيار ان شاءت تزوجته وان شاءت فلا فان تزوجته فليعطها
شيئا وان قال قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك فان النكاح واقع ولا يعطيها شيئا
والجواب الطعن في السند على انه يصح فلا دلالة له على مطلوبكم لانه لم يتقدم قوله تزوجتك
ولا نص ذكر المهر بدون لفظ النكاح ولانه يدل على وجوب شيء آخر ويكون هو المهر او جزوه وليس
مطلوبكم قال قدس الله سره وقيل بعدم العتق لانه تزويج للامة باطل اقول قوله
وقيل اشارة الى قول المفيد وابي الصلاح واختاره الشيخ في الخلاف احتجوا بان نكاح
الامة باطل واجيب بان تقدم العتق على شرط النكاح يمنع كونه مهرا النكاح المتأخر عنه
واجابوا بان الكلام لا يتم الا بآخره فمع تقدمه لفظا هو متأخر بالذات ويلزمهم عدم وجوب
تقديم العتق لانه وان تأخر لفظا فهو في حكم المقارن لان الكلام لا يتم الا بآخره قال قدس
الله سره ولو جعل ذلك في امة الغير فان اذن باعتق المرتهن مع الاجازة والا فالاقرب هنا الصحة
اقول الكلام هنا في موضعين آ صحة النكاح وهو مبني على صحة عقد الفضولي اذ لا تعلق
لصحته بصحة المهر اذ لو بطل المهر هنا وقف النكاح على الاجازة وكانت كمفوضة البضع ب
في صحة المهر وهو مبني على مقدمتين احديهما انه هل المجعول عتقها مهرا المهر هو العتق
ابتداء او يكون تمليكها لها دفعها ويتبعه العتق كما لو تزوج جارية غيره وجعل اب ذلك
الغير المملوك للزوج مهرا لها فانه تقتضي تملك سيد الجارية اياه فان يجاد العتق للاب
وثانيهما ان عتق المرتهن هل يبطل من راس او يقف بمعنى المراعاة على الاجازة اذا تقرر ذلك
فنقول ان قلنا بالثاني في المقدمة الاولى صح هنا ووقف على الاجازة وان قلنا
بالاول من المقدمة الاولى فان قلنا ببطلان عتق المرتهن من راس بطل المهر هنا قطعا
وان قلنا بصحته وتعقيبه صح هنا والا بطل وان قلنا بصحته والاقتصار عليه فان كان
من هنا صح وان بطل والحق عندي في هذه المسئلة انه لا يقع العتق فيبطل المهر لانه من
قبيل الاسباب او الشرط ويقتصر بها على مورد النص ومن ثم جعله المخالف من خصائصه
عليه السلم ولم يرد الا في جارية الانسان نفسه وهذا هو الذي استقر عليه راي
والدي المصنف رحمه الله وقوله فالاقرب ليس بترجيح للصحة بل على عدم اجازة عتق

المرض والترجيح على تقدير أنه لا يستلزم الترجيح في نفس الامر وهذا التقدير باطل عندي وعند
المصنف واما عتقها لنكاح فلانه يفسد شرط المهر لان يقع بالايجاب والقبول من معتبري
العادة و يقف على الاجازة معا لقوله بوقوع النكاح موقوفا على الاجازة قال
قدس الله سره ولا اقرب جواز جعل عتق بعض مملوكه مهرا ويسري العتق خاصة اقول
وجه الاقرب صحة عتق البعض وصحة المعاوضة على البعض وهو جعل بعض رقبتها مهرا افعلى
قول من يقول ان جعل العتق مهرا هو جعل رقبتها بالحقيقة تصح هنا ولانه لا فرق بين
البعض والكل ويحتمل عدم الصحة لانه ليس بصورة النص وهنا هو الاقوى عندي لانه كلما
خالف للاصل يقتصر فيه على صورة النص قال قدس الله سره ولو كانت مشتركة مع الغير
فتزوجها وجعل عتق نصيبه مهرا فالاقرب الصحة ويسري العتق ولا اعتبار برضا الشريك اقول
هذا البحث على تقدير السراية بعتق نصيبه كما اذا كان موسرا بالقيمة وقلنا بعدم توقف السراية على
الاداء او بالاداء فادى و وجه القرب ان عتق نصيبه والمعاوضة عليه جائز ونكاح امة
الغير موقوف على رضاه ان لم ينتقل اليه قبل فسخه وقد استقل عنه فلم يعتبر رضاه وهل
يعتبر رضاها نقول كل من يعتبر رضا مملوكته اذا تزوجها وجعل مهرها عتقها
اعتبر هنا ومن لم يعتبره ثم لم يعتبره هنا لان العتق بالسراية ينتقل اليه حصة الشريك
ثم ينعتق عليه فصارت كلها له ثم انعتقت فلم يعتبر رضاها او لكون صحة النكاح بسبب
العتق ومسببه قد يقدر ولان العتق هنا ان كان بمجرد الصيغة من غير اعتبار كونه مهرا
لزم الاول والا الثاني قلنا بالمجموع من صيغة العتق والعقد يثبت في حصة
المالك العتق وملكيته حصة الشريك وهما سبب نفوذ العتق فيها فلا دور قال
قدس الله سره ولو اعتق جميع جاريته وجعل عتق بعضها مهرا او بالعكس صح الجميع اقول
هنا مسئلتان آ اذا اعتق جاريته وجعل بعض عتقها مهرا اما ان تقدم العتق
اولا ثم على القولين صح لانه لما جاز ان يكون الكل مهرا جاز ان يكون البعض
ب لو جعل كل عتقها بعض المهر بان جعل عتقها وشيئا اخر من ماله مهرا صح لانه
كلما صح ان يكون مهرا صح ان يكون بعضه لعدم فرق للاشتراك بينهما واليه اشار بقوله او
بالعكس قال قدس الله سره وليس للاستيلاد عتقا وان منع من بيعها الا لو مات
مولاها عتقت من نصيب ولدها وان عجز النصيب سعت في الباقي وقيل يلزم الولد السعي
اقول اختار المصنف هو اختيار الشيخ المفيد وابن ادريس و القول بلزوم الولد السعي قول
ابن

ابن حمزة وقال الشيخ في المبسوط يجب على الولد فكها من ماله والحق الاول ومأخذ
الاقوال ان قوله عليه السلم من اعتق شقصا من عبد عتق عليه كله هل يتناول من ملك
بعض من ينعتق عليه بغير اختياره ويصدق عليه انه اعتقه لانه السبب في تسببه قال
بعضهم نعم وقال بعضهم لا وسيأتي تحقيقه في باب العتق قال قدس الله سره وقيل لو قصرت
التركة عن الديون بيعت فيها بعد موت مولاها وان لم يكن ثمنا لها اقول هذا قول ابن حمزة
وليس بشيء وقد تقدم البحث فيه قال قدس الله سره ولو كان ثمنها دينا فاعتقها وجعل عتقها
مهرها وتزوجها واولدها وافلس ومات صح العتق ولا سبيل عليها ولا على ولدها وتحمل الرواية بعود
الرق على وقوعه في المرض اقول اختيار المصنف هنا مذهب ابن ادريس وهو الصحيح عندي
والمختار لجدي وقال الشيخ رحمه الله في النهاية يبطل العتق وتعود الى بايعها وكذا ما ولدت
ايضا وهو اختيار ابن الجنيد وابن البراج محتجا برواية هشام بن سالم عن ابي بصير الصحيحة قال
سئل ابو عبد الله عليه السلم والحاضر عن رجل باع من رجل جارية بكرا الى سنة فلما قبضها
المشتري اعتقها من الغد وتزوجها وجعل عتقها ثم مات بعد ذلك بشهر فقال ابو عبد الله مهرها ح
عليه السلم ان كان الذي اشتراها الى سنة له مال او عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في
رقبتها فان عتقه ونكاحه جائز وان لم يملك ما يحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها فان
عتقه ونكاحه باطل لانه عتق ما لا يملك وارى انها رق لمولاها الاول قيل له فان كانت قد
علقت من الذي اعتقها وتزوجها ما حال ما في بطنها فقال الذي في بطنها مع امه كهيئتها
والجواب والذي قدس الله سره يحمل الرواية على وقوع العتق في مرض الموت لانه حينئذ يكون العتق مراعى
وقد حصل معه الاستيلاد فيضعف الملك فاذا مات ظهر بطلان العتق وعاد الملك التام
المستعلق به واليه اشار بلفظ العود اعني في الام لان العود حقيقة فيما سبق ثم زال ثم عاد
اعني بوقوعه لا التنجيز الذي عدم وفي الولد لم يثبت الرق فلا يصدق العود في حقه ولو اراد
المصنف رق الولد لقال ويحمل الرواية بالرق والجواب عن الولد ان الرواية لا تدل
على رقه لان قول الصادق عليه السلم مع امه كهيئتها لا تدل على الرق بشيء من الدلالات
لانه صادق في حال حريته ايضا ظاهرا اي الظاهر والحر المسلم لا يصير رقا المطلب الثاني
في البيع قال قدس الله سره قيل البائع يتخير العبد فسخ نكاح الحرة اقول هذا
القول لابن ادريس وقال الشيخ في النهاية وابن البراج بالتخيير والمصنف في المختلف للمشتري
الفسخ احتج ابن ادريس بانه عقد لازم والاصل البقاء ولتعلق حق الحر به

سرعاً ولا دليل على زواله احتج المصنف بما رواه محمد بن علي عن ابي الحسن عليه
السلم قال اذا تزوج المملوك حرة فللمولى ان يفرق بينهما وان زوجه المولى حرة
فله ان يفرق بينهما وليس بعد البيع اجماعاً والتفريق هنا بمعنى زوال اللزوم
تسمية للمسبب باسم سببه وثبوته في زوج الامة لما رواه محمد بن مسلم في
الصحيح عن احدهما عليهما السلم قال طلاق الامة بيعها او بيع زوجها وقال
فارق بينهما لانه نكاح لزم في الصورتين والاقوى عندي اختيار المصنف قال
قدس الله سره ولو باع عبده فللمشتري الفسخ وعلى المولى نصف المهر للحرة ومنهم من انكر
اقول هنا حكمان آ ان للمشتري الفسخ وقد تقدم البحث فيه ب ان على المولى
نصف المهر وهو يشتمل على حكمين احدهما ان المهر تضمنه المولى وقد تقدم البحث
فيما يناسب ذلك ويظهر حكمه منه وثانيهما ان الواجب على المولى نصف المهر
وهو اختيار الشيخ في النهاية وابن حمزة وابن ادريس واوجب كل المهر لان المهر
يجب بالعقد ويتشطر بالطلاق وحمل الفسخ عليه قياس ونقل صاحب شرح رساله
سلار من اصحابنا انه وجد بعض فتاوى المفيد بان العقد وحده لا يوجب كل المهر بل
انما يجب كل المهر بالعقد والدخول او الموت فعلى هذا لا يتوجه كلام ابن ادريس
والحق عندي اختيار والدي المصنف قدس الله سره

المطلب الثالث في الطلاق

قال قدس الله سره ولو استعمل العبد بالطلاق وقع على اشكال اقول اذا
استعمل العبد المزوج بامة سيده بالحنث بالطلاق هل يقع ام لا يحتمل عدم الوقوع لما
رواه ليث المرادي قال سالت ابا عبد الله عليه السلم عن العبد هل يجوز طلاقه فقال
ان كانت امتك فلا ان الله تعالى يقول عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء وان كانت امة قوم
آخرين او حرة جاز طلاقه ولما رواه زرارة عن الباقر والصادق عليهما السلم قالا
المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه الا باذن سيده قلت فان السيد كان زوجه بيد
من الطلاق قال بيد السيد ضرب الله مثلا عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء افشيء الطلاق
ثم الحديث والمطلق يحمل على المقيد ويحتمل وقوعه لقوله عليه السلم الطلاق بيد من
اخذ بالساق والتحقيق انه ان كان عقداً وقع طلاقه لعموم الخبر وان كان اباحة
يكفي فيها قول المولى لم يقع الطلاق لامتناعه ولا يوجب فسخاً لانه كل ما لم تعتبر
في الثبوت لم يؤثر عدمه في العدم قال قدس الله سره ولو امر بالطلاق فالاقرب
انه

انه فسخ ان جعلناه اباحة والا فاشكال اقول الضمير في قوله انه راجع الى الامر لا الى
الطلاق ولا يصح عوده الى الطلاق لان البحث في طلاق العبد يأتي في قوله وكذا
الاشكال لو طلق العبد وتقرير المسئلة ان المولى اذا زوج عبده امته كان له
رفع النكاح من غير اختيار العبد فعلى هذا لو امر السيد العبد بالطلاق هل يكون
هذا الامر بمجرده فسخاً ام لا هذا مبني على مسئلة هي ان هذا التزويج هل هو اباحة
او عقد فان قلنا انه مجرد اباحة كان فسخاً لانه يتضمن الامر بالاعتزال والنهي عن
ان يقربها والامر بالاعتزال فسخ فالامر بالطلاق فسخ اما الصغرى فظاهرة واما
الكبرى فلما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلم قال سألته عن قول الله عز
وجل والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم قال هو ان يأمر الرجل عبده وتحته امته
فيقول له اعتزل امرأتك ولا تقربها ثم يحبسها حتى تحيض ثم يمسها وان قلنا انه عقد
يحتمل ان يكون فسخاً لما تقدم ويحتمل عدمه لانه لو كان فسخاً لبطل الامر لامتناع
المأمور به حينئذ واذا بطل الامر لم يحصل به الفسخ لان معنى البطلان عدم ترتب اثره
عليه ولانه جعل رفع النكاح اليه بصيغة منه ولم يفعل ولان الامر بالطلاق
تقرير للنكاح فلو كان فسخاً اجتمع النقيضان اما الاولى فلما روى في الحسن
عن علي بن جعفر عن الكاظم عليه السلم عن ابائه عليهم السلم عن علي عليه السلم انه قال لو ان عبداً
تزوج بغير اذنه فرق بينهما فامر المولى عبده بالطلاق فقال امير المؤمنين عليه السلم للمولى
لانك حيث قلت له طلق اقررت له بالنكاح واما الثانية فظاهرة والجواب اما اقرار
بابتداء النكاح ويحتمل الاستدامة قال قدس الله سره وكذا الاشكال لو طلق
العبد اقول اذا امره بالطلاق فطلق العبد فان قلنا انه ليس بفسخ فان قلنا
ان العقد اباحة لم يقع طلاق العبد لما في من الروايات انه لا يملك شيئاً ولان رواية
محمد بن مسلم دلت على انحصار الفرقة في قوله اعتزل امرأتك ولان الطلاق تابع للعقد
فاذا انتفى انتفى ويحتمل ان يكون صيغة الطلاق من العبد هنا فسخاً لان المولى
استنابه بامره بالطلاق في ايقاع هذه الصيغة فيكون بمنزلة صدورها من المولى
وطلاق المولى فسخ فيكون طلاق العبد فسخاً لان الصيغة الصادرة من
العبد كالصيغة الصادرة من المولى وهذه فسخ وان قلنا ان العقد نكاح صح
طلاق العبد لعموم الطلاق بيد من اخذ بالساق قال قدس الله سره ولو طلق
الامة زوجها ثم بيعت اكملت العدة وكفت عن الاستبراء على اشكال

اقول قال الشيخ في المبسوط وابن البراج وابن ادريس تجب العدة والاستبراء
ولا يحل للمشتري الا بعدها لانهما حكمان لمكلفين فلا يتداخلان على خلاف الاصل
وقال والدي قدس الله سره في المختلف الوجه سقوط الاستبراء لسقوطه مع استبراء
البايع وكذا تعتد العدة المقصد الثاني في الملك وفيه مطلبان الاول ملك الرقبة
قال قدس الله سره وكذا كل من ملك امة باي وجه كان حرم عليه وطؤها قبل استبرائها
الا ان تكون يائسة او حائضا على راي لا من حصص منها بالخبر اقول الخلاف
في الحائض فقال في النهاية تسقط استبراؤها وتحل للمشتري عند طهرها من الحيض واختاره
والدي المصنف هنا وفي المختلف وقال ابن ادريس لا بد من استبرائها بقرء والحل للمشتري
بدونه احتج المصنف بما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلم
قال سالته عن رجل اشترى جارية وهي حائض قال اذا طهرت فليمسها ان شاء احتج ابن ادريس
بعموم الامر بالاستبراء والجواب الرواية مخصصة قال قدس الله سره او لامراة على راي
اقول اسقط الشيخ في النهاية الاستبراء هنا واختاره والدي المصنف هنا وفي
المختلف وقال ابن ادريس لا يحل الا باستبراء المشتري احتج المصنف بان سبب الاستبراء
احتمال وطي البايع ويكفي في الحكم بسقوطه ظن عدم وطي البايع باخباره مع كونه ثقة
وكلما يكفي في الحكم الظن يكفي العلم باي سبب كان وهي ههنا اجماعية واما المقدمة الاولى
فلما رواه ابن سنان في الصحيح قال سالت ابا عبد الله عليه السلم الرجل يشتري الجارية من ... قال
يعتزلها شهرا ان كانت قد مست قلت ارايت ان ابتاعها وهي طاهر وزعم صاحبها انه
لم يطاها منذ طهرت فقال ان كان عندك امينا فمسها الحديث والمراد بقوله من
البايع للاكتفاء بعصمته بعدم فعله كما ذكر في هذه الرواية فلو اعتبر غيره لكان
قد اخذ العام مكان الخاص في ... الدلالة وهو من الاغلاط فيمتنع على المعصوم ولما
انتفى الاستبراء بوجوده ونفاه بعدمه من غير اعتبار غيره دل على انه سبب تام في سقوط الاستبراء
وانما اكتفي بالاحتمال ... لان اباحة الفروج مبنية على الاحتياط لا بد فيها من العلم او من
ظن نص الشارع عليه والاجماع على عدم اشتراط العلم باليقين احتج ابن ادريس
بان سبب وجوب الاستبراء انتقال الملك مطلقا من غير التفات الى غيره وقد حصل هنا
فيثبت المسبب اما الاولى فلما رواه عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلم ان
الذين يشترون الاماء ثم ياتونهن قبل ان يستبرؤهن فاولئك بالزناة
الحديث

ظ الزناة

الحديث والمقدمتان الاخريان ظاهرتان والجواب والذي عندي ان العمل بالرواية الاولى
اولى لانها من الصحاح او يحمل الثانية على الكراهة جمعا بين الاخبار ومختاري اختيار
ابن ادريس في الصور الثلاث لان الاحتياط في الفروج اولى المطلب الثاني ملك
المنفعة قال قدس الله سره والصيغة وهو لفظ التحليل مثل قوله احللت لك
وطأها او جعلتك في حل من وطئها والاقرب الحاق الاباحة به اقول المصنف هنا
اختار مختار ابن ادريس خلافا للشيخ فانه نفى وظاهر كلام المرتضى احتج المصنف
بالاتحاد معنى فيهما فالاقوى عندي عدم الاستباحة بالاباحة المولى قال قدس الله
سره فلو باشر اثنان فقال كل منهما احللت لك وطأها صح وان قال احللت حصتي منها فاشكال
اقول يحتمل الصحة لان تصرف كل انما هو في حصته فاذا قال احللت لك وطي هذه
الجارية فقد دل على حصته بالتضمن واذا صحت الدلالة عليها بالتضمن فالمطابقة اولى بالصحة
والاقوى عندي انه لا يصح لانه لا يصح افرادها بالنكاح فان النكاح لا يتبعض الا على الكل لفظا
لا على كل واحد قال قدس الله سره وهل هو عقد او تمليك منفعة خلاف اقول ... وبخلاف
التحليل يستلزم كونه احدهما لقوله تعالى فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون
الاصحاب في ذلك فنقل ابن ادريس عن المرتضى انه عقد والتحليل او الاباحة عبارة عنه وذهب
ابن ادريس الى انه تمليك منفعة وهو اختيار الشيخ في المبسوط وشرط في المبسوط تعيين المدة
تفريع يلزم من ذلك اشتراط القبول وهو الاقوى عندي قال قدس الله سره
ولو اباح امته لعبده فان قلنا انه عقد او ان العبد يملك حلت والا فلا والاولى الحل
لانه اباحة والعبد اهل لها اقول هذا فرع على اباحة الامة لغير المالك بالتحليل
من المالك وتقريره ان نقول اختلف الناس في جواز اباحة امته لعبده فمنعه
الشيخ في النهاية قال فان اراد ذلك عقد له عليها عقدا واجازه والدي المصنف
في المختلف وهو المختار عندي وبه افتى وجوزه ابن ادريس احتج الشيخ برواية
علي بن يقطين في الصحيح عن ابي الحسن الماضي عليه السلم المذكورة في المسئلة المتقدمة
وهي قوله لو زوج عبده امته احتج ابن ادريس بقوله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن
والجواب النكاح حقيقة في العقد اجماعا ودعواه كونه حقيقة في الوطي
ايضا يعارضها ترجيح المجاز على الاشتراك ولو سلم لم يسلم الدلالة لان اللفظ
المشترك لا يصلح للاستدلال على احد معنييه بعينه بلا قرينة واعلم ان والدي المصنف
في هذه المسئلة في هذا الكتاب على مسلكين احدهما ان هذه الاباحة هل هي

تمليك أو عقد فإن قلنا إنها عقد صح وإن قلنا إنها تمليك وقلنا إن العبد يملك صح وإلا
بطل ثم اختار الصحة بقوله والأول أولى وأشار بالأول إلى قوله حلت عند
قوله وإن العبد يملك والثاني قوله وإلا ثم علل بأنها إباحة والعبد أهل لها
وإن قلنا إنها تمليك والمراد بالملك في البضع ما أفاد الإباحة والتحريم على الغير والعبد
أهل لها فيكون أهلاً للملك فعلى كل من التقديرين يصح **قال** قدس الله سره
ولو ملك بعضها فأباحه الجميع لم تحل ولو أحل الشريك حلت للشريك **أقول** هذا قول الشيخ
في النهاية وتبعه ابن حمزة محتجا بأنه يلزم تبعض البضع وأجاب والدي في بعض
كتبه بأنه إنما يلزم لو قلنا يباح بالملك والإباحة معا وليس بل إنما يباح بالإباحة خاصة
قال قدس الله سره وولد التحليل حر شرط الحرية أو أطلق ولا شيء على الأب على رأي **أقول**
هذا اختيار المرتضى والشيخ في الخلاف وابن إدريس وهو الذي في مختلف الشيعة وقال
الشيخ في النهاية الولد لمولاها وعلى أبيه أن يشتريه بماله إن كان له مال وإن لم يكن له مال
استسعى في ثمنه وإن شرط أن يكون الولد حرا فهو على ما شرط وقال في المبسوط يكون الولد
رقا إلا أن يشترط الحرية ولو كان عبدا يعني التحليل لحق بالحرية على كل حال ذكر
ذلك في معرض الاستدلال على أن التحليل نوع تمليك والحق اختيار والدي المصنف في
هذا الكتاب لأنه لا يخلو إما أن يكون تمليكا أو عقدا وعلى كل تقدير يكون الولد حرا
أما المقدمة الأولى فاحتمالية لأنه وأما الثانية فلما روي في الحسن عن زرارة
قال قلت لأبي جعفر عليه السلام الرجل يحل جاريته لأخيه قال لا بأس قال قلت فإن جاءت
بولد قال يضم إليه ولده وترد الجارية على صاحبها واحتج الشيخ بما رواه ضريس بن عبد
الملك قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يحل لأخيه فرج جاريته قال هو له حلال قلت
فإن جاءت بولد منه فقال هو لمولى الجارية إلا أن يكون قد اشترط على مولى الجارية حين أحلها
إن جاءت بولد فهو حر والجواب الرواية الأولى أوضح طريقا من الثانية فلا تنهض
لمعارضتها **الفصل الرابع** في بقايا مسائل متعددة **قال** قدس الله سره وللسيد
استخدامها نهارا وعليه تسليمها إلى زوجها ليلا وهل له إسكانها في بيت من داره
أو للزوج إخراجها ليلا نظر أقربه الأخير **أقول** اعلم أن السيد يملك من الأمة منفعتين
منفعة للاستمتاع ومنفعة للاستخدام فإذا زوجها عقد على
إحدى منفعتيها وبقيت المنفعة الأخرى فيستوفيها في وقتها وهو النهار
ويسلمها إلى الزوج وقت الاستراحة والاستمتاع وهو الليل وعليه المعول في العقد
بين
ليلا

بين النساء ولهذا لو أراد السيد العكس لم يكن له ذلك ويتفرع على ذلك اجتماع الحقين
عليها أنه لو أراد السيد أن يسكنها في بيت من داره تنفرد فيه هي وأراد الزوج إخراجها
فالاحتمالات ثلاثة الأصح عنده الأول وتحرى تقديم اختيار الزوج لأن للزوجة
لا يستحق على الزوج تبعيتها لها بل العكس ولأن الحياء والمروة يمنعانه من دخول
دار السيد ولوجوب تسليمها إلى الزوج فكان يختص المسكن إليه ويحتمل ضعيفا
ترجيح اختيار السيد لاستحقاقه دوام يده على ملكه ومع وصول الزوج إلى
حقه منه جمع بين الحقين ولأن الواجب عليه التمكين من الوطء والوطء للاستمتاع
وهو يحصل بذلك المسكن في داره والبحث عليه إجماعا وفيه نظر لمنع المقدمة الأولى
والحق عندي الأول لقوله تعالى الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم
على بعض وبما أنفقوا من أموالهم وهو عام في الحرة والأمة ومعنى القوام على الشخص الذي
هو والي أمره وذلك نقله من موضع إلى آخر وإذا كان ذلك سبب النفقة لأن النا
للسيد فلو لم ينقلها معه لم يستحق النفقة عليه ولأن التمكين التام لا يتم إلا بأمرين
تمكينه من الاستمتاع بها ب تمكينها من النقلة معه في زمان يستحق فيه الاستمتاع
حيث شاء مع الأمن لأنه الجب عليه الكون إلا في مكان يختاره هو لا في موضع يختاره مولى
الزوجة فإذا عدم الثاني لم يحصل التمكين الذي هو مناط وجوب النفقة **قال** قدس الله سره
ولو كانت محترفة فأمكنها ذلك في يد الزوج ففي تسليمها إليه نهارا إشكال **أقول** منشؤه وجوه
من أن تسليمها إليه نهارا لا يمنع حق السيد منها بل يستوفي منافعها بالتمام وفيه جمع بين الحقين
ومن حيث إن الشارع علق حق السيد بالنهار وحق الزوج بالليل ولم نعتبر بالنادر كالصانع
البزاز فإنه لا يعمل إلا ليلا ولم تقدح في الحكم المعلوم بالأغلب كالسفر الضابط للمشقة ولأن
السيد قد يريدها في الحرفة ويريد أن يستخدمها **قال** قدس الله سره وإنما تجب النفقة بالتسليم
ليلا ونهارا ولو سلمها ليلا فالأقرب عدم وجوب نصف النفقة **أقول** هنا مقدمات
آ المستمتع بالزوجة الدائمة تحصل للزوجين حقوق للأموال شأن المهر والنفقة
ولهذا والمهر يجب في غير المفوضة بالعقد والثاني وهو النفقة لا يجب بالعقد وإلا لوجب في
العقد الواحد عوضان وهو محال ولسقوطها بالنشوز وإنما يجب بالتمكين التام في
العقد الدائم ب الأقسام في هذه المسألة ثلاثة إما أن يجب كل النفقة أو لا يجب
شيء أو توزع على ما سلمها وعلى ما لم يسلمها وقد اختلف أقوال علماء الإسلام في هذه

الاقسام اذا عرفت ذلك فنقول رجح المصنف عدم التوزيع لان عدم التمكين
في البعض اما ان يمنع شيئا من النفقة الواحدة او لا فان منع الكل فان لم يمنع شيئا
منها وجب الكل قطعا وان الثالث اجماعا مثاله ان الحرة لا تسقط نفقتها لو حبسها
ولا شيء من نفقتها بل وجب الكل لان الشارع سوغ لها المنع ولو اشتغلت الحرة خدمة النهار
ببيت كما كان قبل العقد عليها لم يكن عذرا وسقطت النفقة فالنهار المستحق للسيد
ان منع منع الكل كما في الحرة اذ لا فرق بين الحرة والامة في الاستمتاع بالعقد وعدمه
وادام لم يفترقا في الموجب لم يفترقا في الحكم ويحتمل ضعيفا التوزيع كما لو مكنت من نفسها في
اول الليل بعد سقوط النهار فانه لا يسقط نفقة زمان التمكين وزمان عدمه
والجواب انا وجدنا التمكين هنا لانه يمكن لم ليس مقصورا على زمان دون زمان
ولا فعل دون فعل بخلاف هذه الصورة والتحقيق ان الموجب لكل جزء من اجزاء النفقة
هو الموجب للكل من حيث هو كل والموجب للكل هو مجموع التمكين التام من حيث هو
مجموع اذ لو منعت من البعض سقط كل النفقة وكل واحد من اجزاء النفقة وكل شيء
يعدم بعدم اخر اي جزء كان منه كانت العلية في ذلك الشيء الكل ولم يحصل مجموع التمكين
فلم يجب شيء من اجزاء النفقة فجزء كل النفقة جزؤها مثلا زمان اذا تقرر ذلك فنقول
لما ابطل المصنف القسم الثالث بقي احد القسمين الاخرين فيحتمل الاول لان التمكين التام
بالتمكين في التسليم الواجب وقد حصل هنا وانما لا يوجد الشرع ولم يجعله مستحقا
للزوج فعدم التسليم عذر لا يسقط شيئا من النفقة كايام الحيض والمرض ويحتمل الثاني
لان التمكين التام لم يحصل لانه لا يحصل بالتسليم للكلية اذا لا ان كلا منهما صالح للاستمتاع
شرعا والعلم ان التوزيع جعله المصنف وجماعة من الفقهاء على الزمان بالمقسط وهو
المشهور وقيل على الزوج الغداء وعلى السيد العشاء والكسوة على الزوج ما ندرتها لئلا
يتبجح بلباس الليل وعلى السيد ما يلبسه بالنهار قال قدس الله سره ولو
قتلها السيد قبل الوطء ففي سقوط المهر نظر اقربه العدم كما لو قتلها اجنبي او قتلت الحرة
نفسها اقول منشأ النظر انقطاع النكاح قبل الدخول من قبل مستحقه فاسقط
المهر كالردة وكالفسخ قبل الدخول من المرأة فانه يسقط المهر ولان استحقاق
السيد بالمعاوضة على ملكه وقد اتلفه وهو عوضه الداخل عليه قبل القبض فيسقط الاخر
كالمعاوضة المالية المحضة ومن انها فرقة حصلت بالموت فكانت كما لو ماتت حتف انفها
والتحقيق

والتحقيق ان نقول ان هذه المسألة مبنية على مسألة في الكلام وهي ان المقتول
لو لم يقتل قال بعضهم كان يعيش قطعا وقال بعضهم يموت قطعا ومنهم من قال لا يقطع
كالموت حتف انفه لانه مات بانتهاء العمر والاشكال انما هو على الاول والحق انه لا يسقط ثم
ذكر المصنف مسائل احديها انه لو قتلها اجنبي لم يسقط شيء من المهر ولم يضمن ضمان
الاجنبي لان ما عدا النفس يدخل فيها الجناية الحرة لو قتلت نفسها لم يسقط مهرها
لان الاصل البقاء بخلاف الامة فان ملك الحرة لها المعاوضة المالية بخلاف الامة
كما تقدم ولان الحرة مسلمة الى الزوج ولهذا كان لها منعها من السفر والسفر بها بغير
اختيارها والامة لا تصير مسلمة بالعقد فان للسيد ان يسافر بها لا الزوج ولعلم
ان احد الاحتمالين في قول المولى بالنقل والتخريج وهذه الفوائد ذكر الحرة لا للبنوة
الاحتمال في سقوط بقتلها نفسها قال قدس الله سره واذا اعتقها شهادة اثبت
لها بالحرية واولادها فعليهما ما اتلفاه من مهر وقيمة الولد لتزويرهما او في تضمينهما ما
زاد عن مهر المثل اشكال اقول منشأه من انه التزم بالزيادة باختياره وفعله لا
بسبب الشهادة وان انهما عتقاه فانما الزمها ذلك لحريتها عنده والاصح عندي انهما
لا يضمنان الزيادة لان الضمان انما يتحقق بسبب الاتلاف والشهادة ليست كذلك بل هو مستقل بسبب
بالالتزام باختياره وفعله قال قدس الله سره ولا يشترط في التحليل تعيين المدة على
راي اقول هنا ظاهر قول ابن ادريس وهو الاصح واختاره والذي المصنف في اكثر
كتبه فانه اطلق القول بجواز اباحة الرجل جاريته لغيره بلفظ الاباحة والتحليل ولم يعرض
لذكر المدة وشرط الشيخ في المبسوط تعيين المدة فانه قال فسماه تحليل الرجل جاريته
لغيره من غير عقد مدة فهو جائز عند اكثر اصحابنا ومنهم من منع منه والاول اظهر
في الروايات ومن اجازه اختلفوا فمنهم من قال هو عقد والتحليل عبارة عنه ومنهم
من قال هو تمليك منفعة مع بقاء الاصل ويجري ذلك مجرى اسكان الدار واعمارها
وارجاع ذلك اصلح ان تكون المدة معلومة هذا اخر كلامه رحمه الله وقال في النهاية
متى جعله منها عقدا ... يوما او يومين او شهرا او سنة على حسب ما يريد
ان يرجع الى قوله فيما ذكرنا لفظ التحليل وهو ان يقول الرجل المالك للامة لمن احللها
له جعلتك في حل من وطئ هذه الجارية او احللت لك وطأها قال قدس الله سره ويجب
على البائع ايضا المستبرأ او هنا فتكون من ... المسمى ولتقدم المسمى

مع عتق ابنه عليه اي **أقول** هذا قول الشيخ في النهاية خلافا لابن ادريس فانه
اوجب على المشتري الاستبراء قال ولا يسقط باستبراء البايع وان علم به ولو بعد ثم
قال قدس الله سره واذا طلق المجعول عتقها مهرا قبل الدخول رجع نصفها رقا
لمولاها وتسعى فيه فان ابت كان لها يوم وله يوم في الخدمة ويجوز شراؤها من سهم
الرقاب والاقرب نفوذ العتق والرجوع بنصف القيمة وقت العتق كما لو اعتقت
المهر قبل الدخول **أقول** الاول قول الشيخ وابن حمزة والثاني اختيار والدي
المصنف وابي جعفر بن بابويه في المقنع وابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس وهو
الحق عندي لان العتق عتق الملك والمعدوم لا يعود ولا سبب لتجدد الرق وبرواية
ما رواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل اعتق مملوكة وجعل
عتقها صداقها ثم طلقها قال مضى عتقها وترد على السيد نصف قيمتها تسعى فيه ولا عود
عليها احتج الشيخ بما رواه يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام في رجل اعتق
امة له وجعل عتقها صداقها ثم طلقها قبل ان يدخل بها قال يستسعيها في نصف قيمتها
فان ابت كان لها يوم وله يوم في الخدمة الحديث والجواب ضعف السند **قال**
قدس الله سره ولو علق المولى عتق جاريته بموت زوجها قيل بطل وقيل يصح وتعتد عدة الحرة
والميراث والاقرب صحته مع تعدد الورثة **أقول** اذا علق المولى عتق جاريته
بموت زوجها قال الشيخ يصح وتبعه ابن البراج في المهذب واختار ابن ادريس البطلان
احتج الشيخ بما رواه محمد بن حكيم قال سألت ابا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام عن
رجل زوج امته من رجل اخر وقال لها اذا مات الزوج فهي حرة فمات الزوج فقال عليه
السلام اذا مات الزوج فهي حرة تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ولا ميراث لها منه
لانها انما صارت حرة بعد موت الزوج واحتج ابن ادريس بانه ليس بتدبير
لانه تعليق عتق المملوك بموت سيده دون موت غيره ولانه بغير خلاف عندنا
انه بمنزلة الوصية ولولا ما كان يصح ذلك هنا لولا الاجماع المنعقد عليه هذا
اخر كلامه وهنا مسألتان آ عدتها عدة الحرة وهذه تتفرع على حريتها عند الحكم
قلنا ان عدة الامة بوفاة زوجها الحر ليست عدة الحرة واما عند القائل بان عدة وسيأتي
الامة بوفاة زوجها الحر عدة الحرة فليست متفرعة عليه اي هذه القاعدة اشار
بالفاء في قوله فيعتد ب هل ترث من زوجها ام لا قال الشيخ في النهاية
لا

ترث للرواية التي احتج بها والحق انها ترث مع تعدد الورثة وعلى عدم صحة العتق
لا ترث قطعا فهذه متفرعة على الحرية وعدمها وسيأتي تحقيقه **قال** قدس الله سره
ولو ملك المكاتب زوجته ففي الانفساخ نظر **أقول** منشأه ان الكتابة هل
تقتضي استقلال المكاتب بالملك ويستقل بعتقه او تسلط على التصرف فيه بالاداء و
الاكتساب والانعتاق للغير فيكون الملك للمكاتب يحتمل الاول لانه يصح معاملته
مع مولاه بالبيع والشراء وسائر المعاوضات ويصح لزم المولى ولانه لولاه لكانت الكتابة
معاوضة على ماله بماله ولان المكاتب يملك ولا يملك من اعتقه وما تملكه والا لكان المال
الواحد بالشخص مملوكا لكل واحد من الاثنين وهو محال لاستحالة اجتماع ملكين كاملين
في موضوع واحد في زمان واحد ويحتمل الثاني لان المكاتب قبل الاداء مملوك والا
لكانت الكتابة عتقا في الحال وهو محال وكل مملوك لا يملك للاجماع على عموم قوله تعالى
ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وفي كاملة الكبرى منع تعلق الاولى بالاولى لا ينفسخ
وعلى الثاني ينفسخ **الباب الثاني** في توابع النكاح وفيه مقاصد **الاول**
في العيب والتدليس وفيه فصول **الاول** في اصناف العيوب **قال** قدس الله
سره وفي العنن المتجدد اشكال **أقول** اي العيب المتجدد بعد ثبوت الخيار وهو مانع
من الذكر ما يمكن الجماع به بعد العقد والوطي هل تفسخ به المرأة ام لا اختلف
قول الاصحاب فيه فقال الشيخ في موضع من المبسوط لها الخيار وادعى عليه الاجماع و
ابن البراج لفوات الاستمتاع وليس بيدها طلاق ولا اختيار فيلزم الحرج وهو منفي
بالاية وقال في موضع اخر من المبسوط وفي الخلاف لا خيار لها لاصالة صحة العقد
واختاره ابن ادريس والاصح عندي ثبوت الخيار لها للياس من الوطي معه
قال قدس الله سره فان اشتاه وصدر منها فالاقرب عدم الفسخ **أقول** اذا
صدر منها الجب للرجل احتمل الخيار والاقرب انه لا فسخ لها لانها اوردته ورضيت به والرضا
بالعيب يسقط الخيار ولانها العادية فتنتهي اقدمت المتضيع ما دخلت عليه الضرر
ويحتمل الفسخ لحصول العيب **قال** قدس الله سره واما الخصا فهو سل الانثيين
وفي معناه الوجاء وتفسخ به المرأة مع سبقه على العقد وفي المتجدد بعده قول
أقول للشيخ قول بانه تفسخ بالمتجدد بعد العقد وهو قول ابن البراج لان به
انقطاع النسل وفيه ضرر عظيم ووجه العدم اصالة بقاء اللزوم **قال** قدس الله

سنة ولو بان خنثى فان امكن الوطي فلا خيار على رأي والا ثبت **اقول** القولان في ثبوت
الخيار وعدمه للشيخ في موضعين من المبسوط وبنى في الخلاف الخيار وهو الاصح عندي
لانه زيادة آلة فهو كالاصبع الزائدة **قال** قدس الله سره واما القرن فقيل انه عظم ينبت
في الرحم يمنع الوطي وقيل لحم ينبت في الرحم يسمى العفل فان منع الوطي اوجب الفسخ
والا فلا **اقول** الغالب في عبارة الفقهاء فتح الراء وفي لسان اهل اللغة
بسكونها اذا عرفت ذلك فنقول للقول الاول للشيخ في المبسوط والثاني حكاه في
المبسوط قولا لبعضهم واقول انه ان اعتبر الوضع اللفظي فهو مسألة من علم اللغة
وان اعتبرت الحقيقة فهي مسألة من علم التشريح والفقه يسلمها ويبحث عن القدر المشترك
وهو كل مانع يمنع الوطي يثبت به خيار الفسخ لفوات غاية النكاح والا فلا ويبحث عن
وجه التعارض من حيث انه لو رضي باحدهما دون الآخر **قال** قدس الله سره واما العمى
فالاظهر في المذهب انه موجب للخيار **اقول** وجه ثبوت الخيار اذا كان في المرأة مع
جهل الزوج به ما رواه داود بن سرحان في الصحيح عن الصادق عليه السلم في الرجل تزوج
المرأة فيؤتى بها عمياء او برصاء او عرجاء قال ترد على وليها ويكون لها المهر على وليها الحديث
وروى ابن بابويه في كتاب من لا يحضره الفقيه عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلم قال ترد
العمياء والبرصاء والجذماء والعرجاء وهذا اختيار الشيخ في النهاية والمفيد والسيد
المرتضى وابن الجنيد وابن البراج وابي الصلاح وسلار وابن حمزة وابن ادريس وهو
الاصح عندي ولم يجعله الصدوق في المقنع من العيوب الموجبة للخيار احتج المانعون
من الخيار بما رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلم قال انما يرد النكاح من
البرص والجذام والجنون والعفل ولفظة انما للحصر والجواب دلالتها بالمفهوم
فلا تعارض الاولى الدالة بالمنطوق **قال** قدس الله سره واما العرج فالاقرب
تسلط الزوج به على الفسخ ان بلغ الاقعاد والا فلا **اقول** اطلق الاصحاب
ايجاب العرج خيار الفسخ للرجل لرواية داود بن سرحان ومحمد بن مسلم المتقدمتين
واختاره الشيخ في النهاية وابن الجنيد وسلار وابو الصلاح وابن البراج في الكامل
وابن حمزة ولم يعتبره الصدوق في المقنع ولا جعله رواية ولم يذكره الشيخ
في المبسوط في عيوب المرأة واحتج المانع برواية الحلبي المتقدمة والذي
المصنف نقل هنا فقال ان بلغ حد الاقعاد كان موجبا لخيار الفسخ وهو
الاصح عندي واختاره شيخنا نجم الدين بن سعيد لقول الصادق عليه السلم
في

في رواية داود بن سرحان في الصحيح وان كان بها زمانة لا يراها الرجال اجيزت
شهادة النساء عليها الحديث فان لم يبلغ حد الاقعاد لم توجب الفسخ لرواية الحلبي **قال**
قدس الله سره وقيل المحدودة في الزنا ترد وقيل يرجع على وليها العالم بحالها بالمهر ولا
فسخ **اقول** الاول اختيار المفيد وسلار وابي الصلاح وابن الجنيد وقطب الدين الكيدري
والثاني اختيار الشيخ في النهاية وابن ادريس واختار والدي المصنف في المختلف عدم
الرد به وهو الاصح عندي واورد الرجوع بالمهر وعدم الخيار اثبات احد المعلولين مع
نفي الآخر مع اتحاد العلة وهي التدليس تناقض احتج المفيد بما رواه عبد الرحمن بن
ابي عبد الله عن الصادق عليه السلم قال سألته عن الرجل يتزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها انها
قد كانت زنت قال ان شاء زوجها اخذ الصداق ممن زوجها ولها الصداق بما استحل
من فرجها وان شاء تركها الحديث واحتج برواية الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلم
قال انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل وانما للحصر وعن رفاعة بن
موسى عن الصادق عليه السلم قال سألته عن المحدود والمحدودة هل ترد من النكاح قال لا

الفصل الثاني في احكام العيوب **قال** قدس الله سره ولا يفسخ الرجل بالمتجدد
بالمرأة بعد الوطي وفي المتجدد بينه وبين العقد اشكال اقربه التمسك بمقتضى العقد
اقول منشأه اختلاف الاصحاب فاثبت الشيخ في المبسوط والخلاف الخيار مطلقا
وخصه ابن البراج بالجنون الذي لا يعقل معه صلاته ونفاه ابن ادريس وابن حمزة مطلقا
وهو اختيار شيخنا والدي المصنف وهو الاصح عندي واحتج الشيخ بعموم الاخبار
وشيخنا بلزوم العقد في الابتداء واصل البقاء **قال** قدس الله سره ولا تثبت العنة الا باقراره
اقول او البينة على اقراره او نكوله اما مع يمين المرأة او مطلقا على خلاف
للخلاف في القضاء بمجرد النكول او مع يمين المدعي وسيأتي في باب القضاء **قال** قدس الله سره
ولو ادعت العنة من دون الثلاث حلف وقيل ان تقلص في الماء البارد فصحيح
وان استرخى فعنين **اقول** قوله وقيل اشارة الى قول ابن بابويه وابن حمزة والحق
ابن ادريس والاصح اختيار المصنف وابن ادريس **قال** قدس الله سره ولو ادعى الوطي
قبلا او دبرا او وطي غيرها بعد ثبوت العنة صدق مع اليمين وقيل في دعوى القبل ان
كانت بكرا صدق مع شهادة النساء بذهابها والا حشي قبلها خلوقا وامر بوطيها

فيصدق مع ظهور عيب على العضو **اقول** ما اختاره المصنف هنا هو اختيار
ابن ابي عقيل والشيخ في النهاية لكنه قال وقد روي انها تؤمر بان تحشو قبلها
خلوقا الى اخره وكذا قال ابن البراج والصدوق في المقنع وابن ادريس وقال علي بن في الخلاف مع
بابويه عليه الرحمة عليها البينة لانها مدعية وقوله وقيل اشارة الى قول الشيخ
فانه افتى به وتبعه الكيدري والحق اختيار المصنف لما رواه ابو حمزة في الصحيح م
عن ابي جعفر عليه السلام قال القول في ذلك قول الزوج وعليه ان يحلف بالله
لقد جامعها لانها المدعية للحدث احتج الشيخ في الخلاف بما رواه عبد الله
بن الفضل الهاشمي عن بعض مشيخته قال قالت امراة لابي عبد الله عليه السلام او سأله رجل
على رجل يدعي عليه امراته انه عنين وينكر الرجل قال تحشوها القابلة بالخلوق ولا ٢
تعلم الرجل ويدخل عليها الرجل فان خرج على ذكره الخلوق صدق وكذبت والا صدقت
وكذب والجواب انها ضعيفة مرسلة **قال** قدس الله سره ولو كان بكل
منهما عيب ثبت لكل منهما الخيار وفي الرتق المتمنع [illegible] اللذة لا مع الجب اشكال
اقول منشأه من ان كل واحد سبب في الخيار ولم يثبت منع احدهما الاخر ومن حيث
ان الفسخ لا يقتضي وصول كل منهما الى غاية المقصود من الفسخ فلا فائدة فيه فانه
لو كان الاخر صحيحا لامتنع الوطي من جهة صاحبه والاصح عندي الاول
قال قدس الله سره ولو سوغنا الفسخ بالمتخلل بين العقد والوطي ورضي بعرض
سابق ثم اتسع في ذلك العضو فالاقرب ثبوت الخيار ولو حصل في عنين ثبت الخيار
قطعا **اقول** وجه القرب ان الرضا لم يكن بهذا بل انما حدث ولم يرض
به ولا شك انه لو انفرد لاوجب فسخه لا متعة بل يكون دائما ملحقا بالسابق
ومن حيث انه عيب واحد وما دعوى احتج بخلاف الرضى [illegible] العضو الخلاف
محلها **قال** قدس الله سره وهل يثبت للاولياء الخيار الوجه ذلك مع مصلحة المولى عليه
ذكرا كان او انثى **اقول** الكلام هنا في مسئلتين آ هل للاولياء الخيار في العيب
المتقدم على العقد الاقرب ذلك مع مصلحة المولى عليه لان الاولياء يعملون كل
المصالح عن الاطلاق لان الفسخ مصلحة ويحتمل عدمه لان النكاح يتعلق
بالشهوة وهي مختصة بالزوجين والاول اولى **ب** في العيب الحادث بعد
العقد الوجه ذلك ايضا لما تقدم ويحتمل عدمه لان حقهم في الكفاءة
اما

انما يراعى في ابتداء العقد لا استدامته لان المراة البكر لو عنست في نكاح عبد كان
للاولياء منعه ان قلنا ان عليها ولاية ولو عتقت امة تحت عبد ورضيت بالمقام
معه ثم حدث لم يكن للاولياء الفسخ **الفصل الثالث في التدليس** **قال**
قدس الله سره ويتحقق باخبار الزوجة او وليها او ولي الزوج او السفير بينهما
على اشكال بالصحة او الكمال **اقول** الاجنبي لا تعلق له بالنكاح والمعتبر ما كان من
قبل قوله ولان اخباره لا يسمى تدليسا من حيث انه غير [illegible] والاصح الاول **قال** قدس
الله سره وهل يتحقق لو زوجت نفسها او زوجها مطلقا اشكال **اقول** كل تزويج
مقرون بالعقد على سبيل الاشتراط فهو تدليس وكذا ما اعتقد عيبا وان لم يشترط الحرية
اذا زوجها على انها حرة فههنا مسئلتان آ لو زوجت نفسها مطلقا من غير شرط
الحرية **ب** لو زوجها وليها مطلقا من غير شرط ومنشأ الاشكال فيهما ان العبودية
نقص للاستمتاع وهو المقصود بالنكاح لان تزويجها للكل خاصة بناء على ان
الاصل الحرية ومن حيث ان العبودية ليست عيبا ولم يشترطها **قال** قدس الله سره
ولو شرط الحرية فظهرت امة فله الفسخ وان دخل فان فسخ قبل الدخول فلا شيء وبعده
المسمى للمولى وقيل العشر او نصف العشر **اقول** قوله وقيل اشارة الى قول ابن الجنيد
ومحمد بن بابويه وابن حمزة وقد تقدم الكلام فيه **قال** قدس الله سره ولو كان مولاها الى
قوله وان كان بعد الدخول فالاقرب وجوب اقل ما يمكن ان يكون مهرا للمولى **اقول**
اذا دلس الامة مولاها بالحرية فان تلفظ بما يقتضي الاقرار بالحرية وهو اهل لذلك
حكم بحريتها فالمهر لها لو كانت اذنت او اجازت على القول به وان لم يحصل ذلك
فان فسخ قبل الدخول فلا مهر وان كان الفسخ بعد الدخول اختار [illegible] انه يجب
عليه اقل ما يمكن ان يكون مهرا لانه وطء غير زنا ولا يجرد الاباحة وكل اباحة
وطء كذلك يجب له عوض لاستحالة هبة البضع وهذا هو اختيار الشيخ في
المبسوط وقيل لا شيء عليه والاصح الاول **قال** قدس الله سره ولو كان قد دفعه
اليها وتلفه احتمل تضمين السيد لغروره وضعف المباشرة والرجوع في كسبها
والتبعية بعد العتق **اقول** اذا كان مدلس الامة بالحرية مولاها فتزوجها
على انها حرة وكان قد دفع المهر اليها ثم ادعى الحرية ففسخ النكاح فله الرجوع اما
بكل المهر او بما زاد على اقل ما يسمى مهرا فعلى الرجوع عليه احتمالات ثلاثة

آ المولى لانه غار وكل غار ضامن كمن قدم لغيره طعاما ما لذلك الغير فان المباشرة
تضعف بالغرور ويصير السبب اقوى منها ب يجب الرجوع في كسبها اي يلزم بالاكتساب — بدل دين
للاداء جمعا بين ضمان الغار حيث الكسب للمولى وبين ضمان المباشر حيث باشر
الاتلاف من غير استحقاقه فانه في صورة الحر للخدعات ج ان يضمن المباشر خاصة
ولا يمكن حال العبودية لانها لا تملك وكسبها لغيرها ولا نضمن الا الاتيان في مال
عنه ويستحيل تكليفه الانطاق فيتبع به بعد العتق لكل عبد ضمن لانه جهة مولاه قال
قدس الله سره ولو تزوج على انها [illegible] مهيرة فخرجت بنت امة قيل كان له الفسخ والوجه
ذلك مع الشرط لا مع الاطلاق اقول قوله قيل اشارة الى قول الشيخ في النهاية
وابن البراج وابن ادريس وبعض ابن الكندي وابن حمزة والحيا المصنف رحمه الله هو التصحيح
اما مع الشرط فظاهر كما مر واما مع عدمه فلاصالة صحة العقد ولا عيب ولا شرط
ويمنع سببية ما ذكر وهو منطعنه كونها مهيرة للخيار احتج الشيخ برواية
محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال سألته عن رجل خطب الى رجل بنتا له من مهيرة فلما كانت
ليلة دخولها عليه ادخل عليه بنتا له اخرى من امة قال ترد على ابيها وترد عليه امرأته — النزاع صح
الحديث والجواب انه غير صورة النزاع لانها تدل على انه تزوج بنت المهيرة فادخل
بنت الامة قال قدس الله سره ولو خرجت بنت معتقة فاشكال اقول نشأ من انها بنت
حرة فلا نقص ومن انها امة في الاصل وهو نقص والتحقيق ان هذا الاشكال يرجع الى ان
المعتقة هل تسمى مهيرة حقيقة اولا الحق الاول قال الجوهري المهيرة الحرة فقد حصل الشرط
لانه لم يعقل لحق بقوله في الاصل بل اطلق فلا خيار قال قدس الله سره ولو شرط البكارة
فان سبق الثبوته فالاقرب ان له الفسخ ويدفع المهر ويرجع به على من دلسها فان كانت — تثبت صح
هي رجع الا باقل ما يمكن ان يكون مهرا وان لم يثبت فلا فسخ لاحتمال تجدده بسبب خفي وقيل
له نقص شيء من مهرها وهو ما بين مهر البكر والثيب اقول هنا مسألتان آ في ثبوت خيار
الفسخ نص ابو الصلاح على نفيه وهو مشهور بين الاصحاب وقال المصنف ونعم ما قال ان ثبت
شرعا ببينة او تصديق منها كان له الفسخ لفوات الشرط والاولى لان كل ما شرط
بين المتعاقدين والقبول من صفات الكمال ثبت بعدمه خيار الشرط كالتدليس والغرور
فكان له الفسخ لانه معنى صحة الشرط والا كان باطلا اذ بعدمه لا يبطل العقد ولا يثبت
خيار الفسخ فكان وجوده وعدمه سواء وهذا معنى البطلان وعلل بعض القدماء
بانها غير المعقود عليها وهو غلط لاستلزامه تحريمها او المصادرة على
المطلوب

ما اقتضى
المطلوب اذ النكاح لا يقع الا على معين بالتشخص فالمغايرة التي اسندت لنفيها ان كانت بالشخص
تحريمها لانه لم يقع عليها العقد وان عنى المغايرة بصفة فكانه قال لا نسلم لا نسلم يكن على — الدعوى صح
الصفة التي ذكرها وهو نفس [illegible] ب في نقصان شيء من مهرها اختلف الاصحاب
فيه على قولين آ انه لا ينقص شيء وهو اختيار ابن البراج لثبوته بالعقد والاصل البقاء
ب انه ينقص من مهرها شيء واختلفوا فيه على اقوال ثلثة آ انه ينقص شيء مطلقا ولم يعين
قدره وهو قول الشيخ في النهاية وابن البراج تعويلا على رواية محمد بن جزك قال كتبت
الى ابي عبد الله عليه السلام اسأله عن رجل تزوج جارية بكرا فوجدها ثيبا هل يجب لها
الصداق وافيا ام ينقص قال ينقص تم الحديث ولا بد من ابقاء شيء لصدقه على كل ما يمكن
اضماره ب قول الراوندي انه ينقص السدس لان الشيء في عرف الشرع السدس وفيه نظر
لان اللازم اضمار المنكر الكلي الصادق على القليل والكثير بالاشتراك المعنوي ولا يصلح
هذه الرواية للدلالة عليه لان الاعم لا يدل على الاخص وصرف الشيء في الوصية الى السدس لا يطرد
لعدم لزومه في الاقرار والامر ويبطله ايضا قوله تعالى ولا [illegible] انما الشيء [illegible]
وليس المراد السدس ج انه ينقص ما بين مهرها بكرا وثيبا وهو اختيار ابن ادريس
واورد ربما استغرق فخلا النكاح عن مهر والجواب عنه والذي يحرر به ان المراد
ان هذا هو مهر البكر فاذا انتقص منه بسبب عدمها في نظر العقلاء او نسبة نقص مهر مثلها
الثيب عن مهر مثلها البكر والاول هو الارجح في النفس لان قيمة المثل تعتبر في
المعاوضة المحضة والنكاح ليس منه او يستحق نجم الدين بعد احالة تقديره ذلك الشيء الى
نظر الحاكم فان اللفظ المجمل اذا عرى عن تفسير شرعي او لغوي رجع فيه الى نظر
الحاكم قال قدس الله سره ولو اشتبهت على كل منهما زوجته بالاخرى قبل الدخول
منع منه والزم الطلاق ولا يحسب من الطلقات الثلاث ويلزم نصف المهر
ويقسم بينهما بالسوية ان طلقاه او يقرع فيه او يوقف حتى يصطلحا ويحرم على
كل منهما ام كل واحدة منهما ويحرم على كل منهما اب الزوج وابنه والميراث
كالمهر ويحتمل القرعة ابتداء اقول الاشتباه بالمحرمة يحرم احداهما لوجوب الاجتناب
ووجوب ما لا يتم الواجب الا به لكنه لا يقتضي رفع النكاح بل يحرم جميع انواع
الاستمتاع والنظر وبالجملة جميع ما ابيح بالنكاح للرجل من المرأة ولعل
تحريم المصاهرة من الزوجة الى الاخت يحرم كل واحدة منها واختها وبالجملة
جميع ما يحرم كتحريمه ان كان جمعا او عينا فكذلك وكذا تحرم كل منهما على اب

كل منهما على ابتناء العلة المذكورة ويتفرع على ذلك مسائل أ الزام كل
منهما بالطلاق بمعنى وجوب الطلاق على كل واحد منهما لان الواجب على الناكح
احد الامرين اما امساك بمعروف او تسريح باحسان لقوله تعالى فامساك
بمعروف او تسريح باحسان والمجوز اخلال الزوجان بما منهما لثبوت العلة وافضل
الفاء التعقيب بلا فصل والاول متعذر هنا فتعين الثاني وهو عبارة عن الطلاق
فيجب الطلاق وهو معنى الالزام فان حمله على الواجب اقتضى بطلانه والطلاق
بان يقول زوجتي طالق او يطلق كل واحد منهما فيقع الطلاق على الزوجة
ويبطل في الخنثى ومعنى قوله والخنثى في الثلث اي باعتقاد كل واحد بعينها
اي بينهما تزوج منهما الخنثى في الثلث بالنسبة الى العدم العلم بوقوع عقد له او لو جاز
لجمعهما تزوج بهما طلق كل واحد منهما اثنتين فقد وقع على واحدة منهما ثلاث
واشتبه فيحرمان الا بالمحلل كما لو اشتبهت المطلقة ثلاثا بالمطلقة اثنتين ب
يلزم نصف المهر لانه طلاق قبل الدخول فان تساوى المهران جنسا وقدرا فالواجب على كل
واحد نصف ذلك القدر ولو كان مختلفين جنسا او قدرا او هما معا فاما ان يعلم كل واحد
من الزوجين الذي عليه الكل من المهرين فيؤدي كل واحد منهما نصف ما عليه ثم يقول لها
اما ان يقيم دعوياهما الجنسين فلا نزاع بينهما بل يعطي كل واحد مدعاها
حيث لا تنازع فيه الاخرى فيه وان تصادمت دعوياهما في جنس واحد فذلك
الجنس حكمه يأتي في باب تصادم الدعاوى وحاصله اما ان يقتسمانه
او يقرع بينهما او توقف حتى يصطلحا على ما يليق ومتى تصادم الدعويان في
جنس فقدم البينة على الاخرى فتوقف عند الحاكم كسائر الاملاك المشتبهة الملاك والاصل
فيه ان المقر له اذا نفى المال كان له الرجوع اليه حتى ادعته احديهما دفعت ما اخذته
من الوكيل الى الاخرى ولو ادعياه اقتسماه ولم ترد احديهما الى الاخرى شيئا ومنه
يظهر حكم ما اذا اختلفا جنسا وقدرا ولو قالت كل واحدة لا اعلم الذي لي قسم كل
نصف بينهما نصفين او يقرع بينهما او توقف الحال في كل نصف حتى يصطلحا
ولو اتفق الجنس واختلف القدر قسم الاقل بينهما وبقي المدعى في الزائد فيقسم او يقرع
او يصطلحان ولو لم يعلم كل واحد ما عليه فان اتفق الجنس واختلف القدر
دفعا النصف من الاقل لكل الصفقة وبقي الزائد ان يرجع احدهما به فلا كلام
والا

والا بقي حق معلوم الثبوت مجهول المحل والمستحق وهو محصور بين اثنين لا غير ج الكلام
في الميراث كالمهر اي ان مات احد الزوجين او الزوجان او غرق واحد او الغرقان
فالكلام في الميراث كما قررنا في المهر تساوى فيهما او اختلف على ما تقرر قوله ويحتمل القرعة ابتداء صح
اي يحتمل القرعة عند الاشتباه فكل من تعينت له واحدة بعينها بالقرعة تثبت له ولها
احكام الزوجية وتوابعها لانه امر مشكل وكل امر مشكل ففيه القرعة قال قدس الله
سره ب كل شرط يشترط في العقد يثبت لها الخيار مع فقده سواء كان دونها
بصفة اي العلى على اشكال نعم لو تزوجها متعة او دواما على راي بشرط انها كتابية
فظهرت مسلمة فلا خيار اقول الاشكال على الاعلى منشاؤه ان الاسباب لوضع الشارع
ووضع الشارع النقص سببا للخيار وهذا كمال فلا يتعين شرط لنقيضه ومن انه شرط
كونها كتابية من نكاح يجوز له نكاح الكتابية فظهرت مسلمة فلا خيار له لان الخلاف في
جواز نكاح الكتابية ووقع اتفاق المسلمين على تحقق وجوبه بوجه ما والوجه عندي
عدم الخيار في هذه المواضع كلها وبطلان هذه الشروط لبعد النكاح عن قبول
الخيار فاما يتبع شرط النسب والحرية والمكان وما يؤثر في الكفاءة للنص قال قدس
الله سره ج لو تزوج العبد على انها حرة فظهرت امة نكاحها وان فسخ قبل الدخول فلا شيء وبعده
المسمى على سيده او في كسبه ويرجع على المدلس ويكون للمولى ولو اعتق قبل الفسخ والاقرب به صح
ان المرجوع به للعبد اقول وتحقيق القرب ان من دفع عوضا عما ملكه غيره فاما
ان يكون قد تحمل الوجوب او الاداء فالاول كالاب اذا زوج ابنه المعسر
والثاني كما لو تبرع انسان باداء ثمن ما اشتراه غيره في الذمة عنه والاول لابد
من تقدير ملكه لاستحالة ان يملك الانسان شيئا وعوضه ابتداء على غيره وعلى
هذا لو طلق الابن بعد بلوغه قبل الدخول رجع النصف من المهر الى ملك الابن
فهنا لما استحق على السيد في كسب العبد وملك العبد المعوض عنه ظهر ملك
العبد للعوض اولا ثم ينتقل عنه في مقابله ملك المعوض فالفسخ بعد عتقه
يرجع العوض الى العبد المعتق لانه ملكه اولا وملك العبد هنا كملك
المكاتب ولا استبعاد فيه على قول من ملكه ملكه ظاهر ولانه خرج عن ملك
المولى بالعتق والفسخ موجب لابتداء ملك من رد المعوض عنه الذي كان ملكه
حين الفسخ وهو العبد بعد عتقه او نقول العقد سبب لملك الزوج

[illegible]

وقد زال المانع فيترتب اثره عليه ويحتمل ان يعود الى المولى لانه سبب انتقاله عنه
العقد وهو غير لازم بمعنى عدم لزومه وجواز زواله ان الكتابة او الا لم ينتقل
عن المولى انتقالا لازما فيعود اليه ولان العبد لا يملك لانه لا يصلح للملك فيجود
بالفسخ العوض الى مالكه اولا وهو المولى ولانه الا منع استحالة ان يملك الانسان
معوضا وعوضه على عبده ابتداء وهنا المنع مكابرة فهذا الاحتمال ضعيف في الغاية
قال قدس الله سره لو عجزت المكاتبة فان اختار الاسترقاق فلها المهر وان اختار
الفسخ فلا مهر قبل الدخول وبعده ان كان قد دفعه رجع بجميعه او به الا اقل
ما يمكن ان يكون مهرا وان لم يدفع فلا شيء الحجة لا قل اقول هذان الاحتمالان فيهما
الخلاف المذكور في العيوب اي الرجوع به الكل لان المغرور يوجب ضمان ما غرم به
الغار كالحتمي او الزائد على اقل ما يكون مهرا اذا فسخ بعد الدخول لامتناع
خلو الوطء المحترم بغير ملك اليمين عن مهر قال قدس الله سره ولو اتت بولد فهو حر
لانه دخل على ذلك ويغرم قيمته ويتبع في الاستحقاق ارش الجناية على ولد المكاتبة
اقول كل ولد حر اللحق وطئ على حرية لا يملك بيتها ماله حر على الاصح عندي وعند
ابن ادريس وبشرط عدم اشتراط رقيته في عقد عند اخرين فولد الحر المغرور
بحرية امه قبل ظهور الحال حر لظنه الحرية كما لو وطئ امة الغير على ظن انها امته او زوجته
الحرة ولا فرق بين ان يختار العقد او الفسخ ويغرم القيمة ويرجع بها على الغار قولا
واحدا لانه لم يدخل في العقد على ان يضمنها وفرق بينها وبين المهر لان المهر عوض
البضع الذي اتلفه هو مباشرة وقد دخل على انه يضمنه ومن ثم اختلف في المهر
والمستحق للقيمة التي يغرمها هو المولى الامة القن اما في المكاتبة فاستحقاق
قيمة الولد تابع لاستحقاق ارش الجناية على ولد المكاتبة كما اذا قتله جان او جرحه
فان قلنا ان القيمة او الارش للسيد فقيمة الولد هنا للمكاتبة وان قلنا
فقيمتها هنا لها لان القيمة هنا وفي الجناية عوض الولد وكانت لمستحقه ولانها
قيمة الولد قدر قيمته الرقبة وقوته ملكه على مستحقه لو بقي والجناية هنا
فعلها لكن لا مع تلف العين فاشتركا في وجه العلة وهو الغرم على
المستحق والمستحق في مستحقها يأتي في موضعه ويتفرع على هذا ما اذا
كانت هي المدلسة فان قلنا ان القيمة لها فلا شيء لها والا غرمت كانها المال

قال

قال قدس الله سره ولو ضربها اجنبي فالقته لزمه دية جنين حر لابيه فان كان هو
الضارب فللاقرب اليه دونه والا فللامام وعلى المغرور للسيد عشر قيمة امه
ان قلنا ان الارش له اقول البحث الذي تقدم من غرامة قيمة الولد على تقدير
ان ينفصل الجنين حيا فاما اذا انفصل ميتا فاما بغير جناية او بجناية فان كان
الاول لم يلزمه شيء لانه لا قيمة للميت ولم يعلم حياته حال الجناية لكن لو تقتضي ضمن
الارش وان كان بجناية جان فله صور ذكر منها صورتين آ ان تصدر الجناية
من الاجنبي فعليه دية جنين حر ويأتي بيانها لانعقاده حرا واذا انفصل مضمونا ضمنه
المغرور لانه ضمن لم يغرم عليه كما اذا قتل العبد الجاني تعلقت الجناية بقيمته ولو مات
لم يكن على السيد شيء وعلى المغرور عشر قيمة الام لانه ضمان رقه والرق يضمن بهذا القدر
وقيل باقل الامرين من الدية والعشر لانه انما غرم الميت لتقومه بالجناية ولا يزيد عليها
وهذا انما يكون على جواز ان يكون جنين الامة على دية جنين الحرة او وجوب العتق ب ان
تصدر الجناية من المغرور نفسه فعليه دية جنين حر لاقرب الناس اليه فان لم يكن
فللامام لانه لا يغرم لنفسه كما لو قتل ابنه عمدا وعليه عشر القيمة وقيمة الام وان
كانت الامة قنا كان العشر للسيد وان كانت مكاتبة فان قلنا ان ارش جناية
ولد المكاتبة للسيد كان العشر هنا له وان قلنا انه للامة يكون للامة واهمله
المصنف هنا لانه علم مما سبق من التبع في الاستحقاق ارش الجناية على ولد المكاتبة
قال قدس الله سره ولو انتسب الى قبيلة فبان من غيرها اعلى او ادنى فالاقرب
انه لا فسخ وكذا المرأة نعم لو شرط احدهما على الآخر نسبا فظهر من غيره كان
له الفسخ لمخالفة الشرط اقول الكلام في موضعين الاول فيما اذا لم
يشترط في نفس العقد لكن ذكر الانتساب قبله وفيه اقوال آ قول الشيخ
في النهاية انه يبطل التزويج واختاره ابن الجنيد وابن البراج وجعله رواية ب
نفي البطلان والخيار اختاره ابن ادريس لعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود
وهو اختيار والدي المصنف وهو الحق عندي ج ان للآخر خيار الفسخ حكاه
الشيخ في المبسوط د ثبوت الخيار ان بان ادنى لا اعلى وتمسك الشيخ بما
رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال في رجل يتزوج فيقول

دية ع

وهو اختيار والدي المصنف ع

اما من بني فلان فلا يكون كذلك قال تفسخ النكاح او قال ترد الموضع الثاني اذا
شرط ذلك في نفس العقد ثبت له الخيار ولا ولا حد المقصد الثاني في المهر
وفيه فصلان الاول في الصحيح قلعه المهر ما يجب بوطي عن زنا ما شبهة
ولا ملك عين او بعقد النكاح وله تسعة اسماء الصداق والصدقة والمهر
والنحلة والفريضة والاجر والعلائق والعقر والحباء قال
قدس الله سره او اجارة الزوج نفسه مدة معينة بحيث يكون متعلقة لعينه يعني انه
لا تقبل النيابة مهرا ومنع الشيخ في النهاية وابن البراج في الكامل وجوزه المفيد
وابن الجنيد وسلار وابن ادريس وقال الذي المصنف وهو الحق عندي لما رواه محمد بن مسلم
في الصحيح عن الباقر عليه السلم قال جاءت امراة الى النبي صلى الله عليه واله الى قوله
فقال زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها اياه احتج المانع بانه يستلزم
امكان خلو البضع والتالي محال وكلما استلزم امكان المحال فهو باطل
اما الاولى فلجواز موته واما الثانية والثالثة فظاهرتان وبما رواه احمد بن محمد
في القوي عن ابي الحسن قال سالته عن الرجل يتزوج المراة ويشترط اجارة شهرين فقال
ان موسى عليه السلم قد علم انه سيتم له شرطه فكيف لهذا بان يعلم انه سيبقى حتى
لحدث قال قدس الله سره ولا يتقدر المهر قلة وكثرة على راي اقول الخلاف
عندنا في عدم تقدره في القلة الا ما قل ما يتملك والخلاف في الكثرة والذي اختاره
المصنف هنا هو المشهور بين الاصحاب اختاره الشيخان وابن ابي عقيل وسلار
وابو الصلاح وابن البراج وابن ادريس وقال السيد المرتضى لا يتجاوز بالمهر خمسمائة درهم
جيادا قيمتها خمسون دينارا فما زاد على ذلك رد الى مهر السنة وهو الظاهر
من كلام ابن الجنيد والاصح عندي الاول لقوله تعالى وان اردتم استبدال
زوج مكان زوج واتيتم احداهن قنطارا ولا يحد ولمسه شيئا وعموم فنصف
ما فرضتم وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ولما رواه الوشا في الصحيح عن الرضا عليه
السلم قال سمعته يقول لو ان رجلا تزوج امراة وجعل مهرها عشرين الفا وجعل
لابيها عشرة الاف كان المهر جائزا والذي جعله لابيها فاسدا ولان مهر
ام كلثوم بنت علي عليه السلم اربعون الف درهم احتج المرتضى بالاجماع
على صحة كون العقد المدعى مهرا اذا ذكر في العقد ثبت احكامه ولا اجماع
على

على صحة كون العقد المدعى مهرا اذا ذكر في العقد ثبتت احكامه ولا اجماع على الزائد
ولا دليل شرعي عليه فيجب نفيه والجواب انه ضعيف في الغاية اذ نفي الاجماع
لا يدل على النفي وعدم وجدان الدليل على العدم ثم كيف ينفي الدليل مع دلالة
الايات المذكورة لا يقال روى المفضل بن عمر قال دخلت على ابي عبد
الله عليه السلم فقلت له اخبرني عن مهر المراة الذي لا يجوز للمؤمن ان يجوزه قال فقال
السنة المحمدية خمسمائة درهم فمن زاد على ذلك رد الى السنة لانا نقول راوي
الرواية محمد بن سنان وقد نص الشيخ على انه ضعيف مطعون جدا وما ينفرد به لا يعمل
عليه هذا كلام الشيخ رحمه الله فلا نعمل بهذه الرواية قال قدس الله سره ولو تزوجهن
على مهر واحد صح وقسط على مهور الامثال على راي اقول قال الشيخ في المبسوط يكون
بينهن بالسوية وتبعه ابن البراج عملا بالاصل ان النكاح ليس معاوضة حقيقية ولا يعتبر
فيه قيمة البضع ولهذا يجعل بعضهم مهر السنة واحدا في الكل وقال بعض الاصحاب يقسط
على مهور الامثال كما لو تزوج واشترى بعوض واحد واختاره والدي المصنف في هذا وهو الاقوى عندي م
الكتاب والمختلف قال قدس الله سره ولو تزوجها على خادم او بيت او دار ولم
يعين فله خادم وسط وكذلك اقول قوله قيل اشارة الى قول الشيخ الطوسي ولا وصف م
في النهاية وتبعه ابن ادريس وقيل والاقوى بطلان المهر والرجوع الى مهر المثل قال
قدس الله سره ولو اصدقها تعليم سورة يجب تعيين الحرف ولقنها الجائز على راي اقول
هذا قول الشيخ في النهاية وقيل لا لانتفاء الغرر معه والحق الاول قال
قدس الله سره ولو نسيها الاية الاولى عقيب تلقين الثانية احتمل اعادة التعليم على اشكال
اقول اعلم ان فرض الكلام في انه لو علمها اقل من ثلاث ايات بعد ذلك نص في المبسوط عليه
ومنشأ الاشكال من وجوب تعليم كل واحد من الايات عليه فاذا علمها اية فقد برئت
ذمته من تلك الاية فلا يعود وجوبه بغير سبب وقال الشيخ في المبسوط وهو الاقوى وذكر عليه م
فيه حجتها بانها لا يكون قابضة لاول من ثلاث ايات لان اقل ما يقع به الاعجاز
ثلاث ايات تقدر ان الصورة التركيبية للمجموع لم يحصل لها وهو المطلوب
لان الاعجاز بالصورة التركيبية للمجموع لم يحصل لها وهو المطلوب لان
الاعجاز بالصورة التركيبية والاقوى عندي الثاني قال قدس الله سره

وان تلف بفعل الزوج او بغير فعل احد وجب عليه مثله فان لم يكن مثليا فالقيمة
ويحتمل اكثر ما كانت من حين العقد الى حين التلف لانه مضمون في جميع الاحوال
وحين التلف لانه مضمون بغير تعديه منه **اقول** اصل هذه المسألة ان هذا الضمان
عند اصحابنا ضمان يد وضمان اليد يرجع فيه بالقيمة او المثل اما المقدمة الاولى فلان
النكاح ... اي الصداق نحلة لقوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ولا بعد نشادح ولا ينفسخ
برده ولا يسقط شيء منها بتلفها الى قبوله ولا يسمى له النفع ولا شيء من لها عوض كذلك قالوا
هذا النفي و النحلة لا نعم قلنا يمنع الكلية فان الاصل في حال العقد الضمان و للنص
الوارد بالعيب وهو من خواص المعاوضة فيمنع الاختصاص اذا عرفت ذلك فنقول
وجه الاحتمال المبني على انه ضمان يد ما ذكره هنا ولا نطول بذكره **قال** قدس
الله سره ولو تعيب في يده فقيل تخيرت في اخذه او القيمة والاقرب اخذه واخذ ارشه
اقول الاول قول الشيخ في المبسوط لانه انما اصدقها العين سليمة وهي مضمونة في يده
فهي بالخيار بين ان تقبضه ناقصا او ترده فان اختارت الرد كان كتلف الصداق المعين
قبل القبض و الضمان ضمان يد ووجه اختيار المصنف ان عين ما ساوله العقد موجود
و النقص مضمون عليه فيرد الارش **قال** قدس الله سره ولها ان تمتنع قبل الدخول من تسليم
نفسها حتى تقبض المهر وهل لها ذلك بعد الدخول خلاف **اقول** قال الشيخ في النهاية
للمرأة ان تمتنع من زوجها حتى تقبض منه المهر فاذا قبضته لم يكن لها الامتناع فان
امتنعت بعد استيفاء المهر كانت ناشزا ولم يكن لها عليه نفقة واطلق ولم يفصل الى
ما قبل الدخول وبعده وتابعه على الاطلاق ابن البراج في كتابيه معا وهو قول
المفيد رحمه الله وقوى في المبسوط ان لها الامتناع بعد الدخول حتى تقبض المهر وقال
في الخلاف اذا سمى الصداق ودخل بها قبل ان تعطيها شيئا لم يكن لها الامتناع من تسليم
نفسها حتى تستوفي بل لها المطالبة بالمهر ويجب عليها ان تسلم نفسها وهو اختيار ابي الصلاح
وقال ابن ادريس ليس لها الامتناع بعد الدخول بل لها المطالبة بالمهر ويجب عليها
التمكين وهو اختياره والدي المصنف في المختلف وهو الاقوى لان البضع حقه
والمهر حق عليه وليس اذا كان له عليه حق جاز ان يمنع حقه وجاز ذلك قبل
الدخول اجماعا فيبقى بعده ولانه في المعاوضة المالية المحضة وهو البيع المجمع
عليها اذا سلم احدهما ما عليه من العوض قبل قبض العوض لم يكن له الامتناع
وكذا في الاجارة **قال** قدس الله سره ولو كان مؤجلا لم يكن لها الامتناع
فان

فان امتنعت وحل لم يكن لها الامتناع على رأي لاستقرار وجوب التسليم قبل
الحلول **اقول** تقرير هذه المسألة انه اذا كان المهر مؤجلا لم يكن لها الامتناع
قبل الحلول وقبل الدخول اتفاقا فان امتنعت وتعلقت محرما او لم يدخل حتى
حل فهل لها الامتناع قيل لها ذلك لعموم النص ان لها الامتناع قبل الدخول
وان المانع هو الدخول وهو لم يحصل ورده المصنف باستقرار وجوب
التسليم قبل القبض والاصل الاستصحاب **قال** قدس الله سره ويجب تسليمه
لو كانت مهيأة للاستمتاع وان كانت محبوسة او ممنوعة بعذر لم يلزم
ولو كانت صغيرة فالاقرب وجوب التسليم مع طلب الولي **اقول** يجب تسليم الصبية
غير البالغة الى الزوج لان امساك الصغيرة لحضانته وامساك الزوج للاستمتاع
لا للحضانة وليس اهلا له ولو دفعها اليه يجب عليه تسلمها اذا تقرر
ذلك فهل يجب عليه تسليم المهر مع طلب الولي اختار والدي المصنف الوجوب
لانه حق حال للمرأة فيجب تسليمه اليها والنكاح ليس معاوضة محضة وقال في
المبسوط الاقوى انه لا يجب تسليمه كما لا يجب تسليم النفقة لان الاستمتاع
غير ممكن وجزم ابو الصلاح بعدم وجوب التسليم والاقوى عندي اختيار
المصنف **قال** قدس الله سره ولو منعت من التمكين لا للتسليم ففي وجوب التسليم
اشكال **اقول** منشأه من ان وجوب التمكين موقوف على تقدم التسليم ولانه
على التسليم ولانها ادى ومن انها ممتنعة لعوض لان القبض عوضه بل غصبا فلا تستحق ٣
تسليمه لا لها والاقوى عندي الاول **قال** قدس الله سره وانما يتقرر كمال
المهر بالوطء او موت احد الزوجين لا بالخلوة على الاقوى **اقول** المهر الواجب بالنكاح
اي المفروض يستقر عنده والدي المصنف باحد امور ثلثة آ الوطء ولو كان حراما
كما في الاحرام والحيض لانه يوجب ابتداء في الشبهة فتقريره في الصحيح اولى ب
موت الزوج وحكمه كالاول بلا خلاف عند الاكثر خلافا للصدوق في المقنع ولنا
مقتضيه والمالك رحمه الله لان الموت لا يبطل آثار النكاح لانهما من آثاره
فان آثار النكاح ثابتة بعد الموت ومن جملتها المهر وعدم نفاسه بجعله لان الموت ٣ نهايته اى النكاح
نهاية له وانما العقد يستحق به استيفاء المعقود عليه ج موت الزوجة و
بقي هنا مسألة وهي ان الخلوة هل لها اثر في المهر ام لا فيه اقوال ستة آ قال قوم
انها تقرر كالوطء قاله الشيخ في الخلاف و المبسوط قال به قوم من اصحابنا لما رواه

زيادة على البناء بها عليه السلام قال اذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها فاغلق عليها
بابا او ارخى سترا ثم طلقها فقد وجب الصداق وخلاؤه بها دخول ولضعف
سندها ردها المصنف وتركها ابن ابي عمير على حكم الحاكم كظاهرها والحمل
للمرأة من غير دخول ب ان اثرها وجوبه ظاهرا ويحكم به الحاكم والحمل عليها ان
لم يكن قد دخل بان ادعاه اكثر من نصفه ان ثبت الزوج لكانها لم يلزمه اكثر
من النصف لانه يدل على عدم الدخول وهو قول الشيخ في النهاية وابن البراج
وقطب الدين الكيدري للرواية المتقدمة وتنزيلها ج وجوب المهر معها اطلاقا لما
المنا بحمل او نظر اليها وهو قول ابن الجنيد د اثرها تقديم قولها مع اليمين اذا
ادعت الوطء في الخلوة وانكر واعترف بالخلوة ولا بينة على نفسه فان امكنه
اقامة بينة تثبت بها عدم الوطء ضمنا لم يلزمه اكثر من النصف والا حلف ولزمه
الكل وهو قول ابن حمزة واستحسنه والدي في المختلف ه قال الصدوق رحمه الله
اثرها وجوب حكم الحاكم بالوطء ان اعترفا بنفيه لانها تنفي الحد وتنفي هو المهر
فان قصد بذلك وجوب تمام المهر عليه فليس بجيد لان المهر في هذه الصورة اما ان
يجب بالخلوة او بالوطء او بمجموعهما ولا ثالث ونفي الاول بقوله لانه تنفي المهر
فجعل نفي الوطء علة في نفي المهر فكلما عدمت علة في العدم فثبوته علة في الثبوت
والثاني فاورث المستحقة للمهر بنفسه ونفي السبب كنفي المسبب وكذا الثالث مع
بطلانه اجماعا وان قصد وجوب العدة عليها لانها حكم شرعي وكذا الدعوى
بالمهر كالمقر له اذا نفاه ثم ادعاه فله تحليفه وقال قوم لا اثر للخلوة البتة حكاه
الشيخ في الخلاف والمبسوط وهو الظاهر من روايات اصحابنا فتثبت نصف
المهر وتنفي العدة وهو الاصح عندي وعند والدي وحجتي لقوله تعالى
وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ولا
سبب للاصل لان الخلوة اعم منه والعام لا يستلزم الخاص ولما رواه يونس
بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال سمعته يقول لا يوجب المهر الا الوقاع
في الفرج قالوا الخلوة سبب لوجود الداعي وانتفاء الصارف فالاصل فيحكم
بالسبب فيحكم معلوله او مظنة فحكم الشارع باقامتها مقام الاصل ولما
روي عن ابي عبد الله عليه السلام اذا اغلق بابا او ارخى سترا فلها الصداق
كاملا وعليها العدة قلنا ان عنيتم السبب الشرعي فهو نفس المدعى وان
عنيتم

عنيتم العقلي فهو لم يوجب مسببه بمجرد وجوده لما ثبت في الكلام والمظنة
عندنا بالحكم الشارع باقامتها مقام الاصل لا اعتبار بها لانها من باب القياس وفي
الاسباب ومنع اقامة الشارع لها والحديث المذكور ضعيف السند جدا واعلم
انه تفرع على القول بالخلوة اشتراط عدم المانع الشرعي كالصوم والحيض
والاحرام ولم يذكروا ذلك وعد لما هي لوازم الاحكام المذكورة لئلا
يخرج عن حد الشرع قال قدس الله سره وقيل لو مات قبل الدخول كان للاولياء
نصف المهر وليس بجيد اقول قوله وقيل الاحرى لشا الى قول الشيخ في النهاية
وابن البراج في الكامل وقطب الدين الكيدري لما تقدم في رواية يونس وليس بجيد لما
تقدم من وجوب المهر بالعقد والاصل البقاء وحمل شيخنا نجم الدين ابو القاسم كلام
الشيخ الطوسي رحمه الله على ما اذا كان ثبت من ... الفصل الثاني في الصداق
الفاسد وتعاقب اسبابه الاول عدم قبول الملك قال قدس الله سره فلو
تزوج المسلم على خمر او خنزير بطل المسمى وقيل العقد وهل تثبت قيمة المسمى او مهر
المثل قولان اقربه الثاني اقول ذكر في هذا الفصل بيان جهات الفساد
في الصداق ورتبها على انواع ستة النوع الاول ان لا يكون المذكور مما لا يدخل
مستبايل آ ان لا يكون مما لا يملك من حيث للاشارة وقد ذكره
في هذا الكلام وتحقيقه انه اذا عقد المسلم على خمر او خنزير بان يقول
زوجتك نفسي على رطل خمر او على هذا الخنزير او على هذا الخمر قال الشيخ
في النهاية والمفيد في المقنعة وابن البراج وابو الصلاح بطل العقد وقال
الشيخ في الخلاف يصح العقد ويبطل المسمى كقول ابن الجنيد وهو اختيار المصنف
هنا وهو الاصح لان الصداق ليس ركنا في النكاح وانما الركن فيه الزوجان
ولهذا لا يشترط تعيينه في العقد ولم يشترط ذكر المهر في العقد والنكاح
بطل لانه لو خرج مستحقا ولانه نحلة للآية ولا شيء من العوض بنحلة لان
معناها الشرع وهو ينافي معنى العوض قالوا النحلة الدين او العطية اذ قرأ
من الله قلنا مجازا اذ هو لازم للاشتراك ولانه كلما توقف ثبوته على
ثبوت الاخر لم يكن فرع لكل الاخر مقتضيا لنفيه احتج الشيخ بانه عوض لانه اجر
لقوله تعالى اجورهن ولان الصيغة زوجتك بكذا كبعتك بكذا ولان العقد
مانع لوجوده التراضي وانما تراضيا بذلك وتنباعه واذا امتنع

والجواب هو بالمخالفة اشبه منه بالعوض لان العوض يبطل المعوض ببطلانه والثاني
منقوض بالمغصوب اذا تقرر ذلك فنقول على القول ببطلان المسمى والخلاف
فيما يجب بالوطي فكلما قال ببطلان النكاح قال بوجوب مهر المثل واختلف
القائلون بصحة العقد على اقوال ثلثة آ انه يجب مهر المثل اختاره الشيخ في الخلاف
وابن حمزة ويظهر من كلام ابن ادريس ولان بطلان المسمى يوجب بطلان التسمية
فيجب بالوطي مهر المثل لانه اذا بطل احد العوضين وجب رد الآخر فاذا تعذر وجب
قيمته وقيمتها هي ... ولصحة عقد النكاح تعذر رد عوضه فوجبت قيمته وهي
مهر المثل ب تعتبر المالية فيه فيقوم الحر لو كان عبدا والخمر عند مستحليه اختاره
بعض الاصحاب لانه لما ذكر عوضا كان مقصودهما ذلك العوض دون قيمة البضع
وهي مهر المثل وللمذكور خصوص وهو عينه وعموم وهو المالية فيقدر بهما لانهما قد نوياه
مالا فاذا لم يكن للعين اعتبار اعتبر المذكور في المالية فلا يلغوا التقدير بذلك القدر
في القيمة المقدرة ورد بان تقدير المالية فيما يمتنع فيه تقدير المحال فيلغوا التقدير
كما يلغوا التعيين ولفساد الذكر فسد العوض ولعدم الرضا بالتفويض ولم يعرف
السبب بين الحر والخمر لان الخمر مالية متعينة للمسلم العلية للذمي وعلية لتخل الجعل
في الحر مهر المثل وفي الخمر قيمته وهو حسن من الاحوال قال قدس الله سره ولو
تزوجها على ظرف خل فخرج خمرا صح العقد وثبت مهر المثل وقيل مثل الخل اقول في
هذه المسئلة وهي ان يكون مالا من حيث الاسم وليس مالا من حيث الاشارة و
هذه المسئلة اقوال ثلثة آ وجوب مهر المثل لانه سمى هذا المشخص من حيث هو مشخص وقد
بطل والمالية له ولا مثل ولانه جمع بين المشخص والصفة وهما المختلفان وترجيح
احدهما لا يقتضيه العقد بل الاشارة ارجح لافادتها الذات فيرجع الى
مهر المثل وهو اختيار بعض الاصحاب وفرقه بين هذه المسئلة والمتقدمة لان تلك
عقد مع علمها بكونه خمرا واما هنا فلم يعلما بذلك ب انه يثبت قدره خلا لانهما
ذكرا النقد ولم يذكرا الخمر فبطل التشخص وبقي تعين القدر والوصف المذكور
وهو الخل واختاره ابن الجنيد وابن ادريس ج قول الشيخ في الخلاف والمبسوط
انه يلزمه قيمته عند مستحليه تغليبا للتشخص على الوصف وهذا يحتمل بطلان
العقد لانها قصدت المالية قال قدس الله سره ولو اصدقها عبدا فخرج مستحقا
فان كانت مثلية فالمثل والا فالقيمة ويحتمل مهر المثل اقول هذه المسئلة
من

من تلك المسائل وهي ان لا يكون مالا للمصدق بل لغيره وفيها احتمالات ذكرها
هنا وجه الاول ان العقد ... لتملك العين وقد تعذر ايصالها لحق الغير
فوجب المثل في المثلية والقيمة في غيرها لقيام المثل او القيمة مقام العين مع تعذرها
كما لو تلفت بعد العقد وقبل قبض المراة ومن انه لا يصح ان يصدق مال
الغير بغير اذنه فيكون المهر فاسدا فالتسمية في العقد توجب المسمى مع
صحتها ومهر المثل مع فسادها ولا يكون عين لمن لم يتم كما توهم متوهم
والاول نظرا الى ان المتعذر الموجب للمثل وهو تعذر ما صح العقد عليه وهنا مبني على
لم يصح والتحقيق ان هذه المسئلة من الفروع المتقدمة من ان المهر هل هو
عوض حقيقي ام لا فعلى الثاني يجب مثله ان كان مثليا والا قيمته لانه ليس
بركن ولا عوض وانما افاد ذكره التقدير بذلك القدر وان لغا التعيين ولا
يلزم تقدير المالية فيما لا مالية فيه هنا لتحقق المالية وانما انتفت الاضافة
وتعذرت اما بالمثل او بالقيمة وعلى الاول يثبت مهر المثل لانه اذا انتفى العوض
وتعذر الرجوع الى عين العوض الآخر لصحة النكاح فيرجع الى قيمته وهو مهر المثل
قال قدس الله سره الثاني الجهالة فلو تزوجها على مهر مجهول بطل المسمى ويثبت مهر المثل
لعدم تقويم المجهول ولو ضمه الى المعلوم احتمل فساد الجميع فيجب مهر المثل واحتساب
المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي و لو زادت قيمته عن مهر المثل لم يجب الزيادة
على الاول دون الثاني اقول هذا هو النوع الثاني من اسباب الفساد وهو
الجهالة والمجهول كان يقول ... بشيء ففساد المسمى لا يوجب فساد التسمية
لان اثر التسمية عدم التفويض وثبوت المالية في العقد قيل والتقدير
وقيل بل هو اثر صحة المسمى ومن ثم اختلف في وجوب مهر المثل او قيمته او مثله
عند فساده واما التعيين فهو تابع للمسمى اذا تقرر ذلك فنقول مع كون المهر
مجهولا ينتفي التقدير والتعيين ولا يبطل العقد فيجب مهر المثل لان التقدير اما
بالمسمى او بقيمة البضع لان التقدير لاحد العوضين فاذا ضم المعلوم الى المجهول فيه
احتمالان احدهما فساد المسمى في الكل لان الكل هو المهر وجهالة الجزء
يستلزم جهالة الكل وجهالة المهر المسمى موجبة لبطلانه ولامتناع العلم
بنسبة المعلوم الى الكل والى المجهول وكونه كل المهر لان التسمية اقتضت
كونه جزءا لكونه كلا لانتفاء مقتضى التسمية فيبطل لانه لم يحصل الرضا

به صح

به فعلى هذا الاحتمال يتبع المعلوم ولا اعتبار حينئذ لانه لا يجب دفعه
فلا اعتبار بزيادته على مهر المثل ولا نقصانه لوجوب مهر المثل من غير التفات
اليه وثانيهما احتساب المعلوم من مهر المثل لانه اقرب الى مقاصد العقد من
عوضه ولتعلق الغرض بخصوصيات الاموال فان علة وجوب مهر المثل فساد
عقد المسمى فيرد عوضه الى معوضه فاذا تعذر لصحة النكاح وجبت قيمته ووجوب المعين
تابع لصحة عقده اي صحته في نفسه فوجوب مهر المثل والمعين يستلزم اجتماع
النقيضين وهو محال وعلى الاحتمال يحتمل وجهان احدهما ان يكون زادا المهر المثل
كمن سمى مقدارا من احد النقدين وشرط ان يعطيها عينا معينة بحساب قيمتها
منه وعلى هذا الاحتمال ينسب المعلوم الى مهر المثل تماما ان ينقص عن مهر المثل
او يساويه او يزيد عنه فان كان الاول وجب الباقي وان كان الثاني تعين وان كان الثالث
لم يجب الزائد والى هذا الاحتمال اشار المصنف بقوله على الاول في قوله فلو زادت قيمته
عن مهر المثل بطل الزائد وثانيهما ان يجب لكونه جزءا من المسمى فيكون جزءا من مجموع
هو عوض وقد عقد في الجزء الاخر لمعنى فيه دون هذا الجزء ولا يمكن بطلان جزء
من عوضه الذي هو البضع لصحة النكاح فيجب عليه جزء من قيمة معوضه وهو مهر
المثل بنسبة القيمة اليها كنسبة الجزء الباطل الى مجموع المسمى فاما ان يقسط
باعتبار العدد لعدم امكان اعتبار القيمة فيه قيمة الحر المجهول كما لو تزوج على عبد
وزق خمر على ما تقدم من الاحتمال فيجب من مهر المثل مع المعلوم النصف عوضا
عن المجهول المطلق لانه جزء منه ماله فكان اولى من الحر والخمر باعتبار نفس
النسبة فاما ان يقسط باعتبار المالية والمثلية او القيمة فينزل المجهول على
ما يتملك لثبوت مطلق المالية وعدم التقويم فيثبت الاقل متيقن والاصل
عدم الزيادة فيقسم المعلوم على اجزاء اقل ما يتملك ويضاف الى المجموع واحد آخر
هو اقل ما يتملك عوضا عن المجهول ويقسم مهر المثل على تلك العدة ويجب قسط
جزء واحد منه مع المعلوم عوضا عن الجزء المجهول فلو كان عدد المعلوم
اذا قسم على اقل ما يتملك عشرة اجزاء يضاف اليها واحد ويقسم مهر المثل على
احد عشر جزءا ويجب منه جزء واحد يضم الى المعلوم ويكون جميع مهر المثل الواجب
عليه والى هذا الاحتمال اشار المصنف بقوله دون الثاني في قوله لم
يجب

يجب الزائد في الاول دون الثاني فانه يجب **قال** قدس الله سره ولو تزوج واشترى
منها دينارا بدينار بطل البيع ووجب مهر المثل والاقوى ما يقتضيه التقسيط من المسمى
اقول اذا تزوج امرأة واشترى منها دينارا بدينار مع اتحاد الجنس فقد اشتمل
على الربا فقد قيل ببطلان العقد لانه عقد واحد فلو صح في بعض وبطل في بعض
لزم اتصاف عقد واحد بالصحة والبطلان في زمان واحد فيجتمع المتنافيان
فيبطل عقد المهر والبيع لا النكاح واذا بطل المسمى وجب مهر المثل والاقوى
اختيار والدي المصنف هنا انه لا مانع من صحة المهر فانه معلوم وهو مما تقتضيه
القسمة على النسبة فلو كان مهر مثلها عشرة مثلا قسط الدينار على احد عشر جزءا لا
تنافيها على جعله في مقابلة احد عشر فكان المهر عشرة اجزاء من احد عشر جزءا من دينار ولزم
فيه بطل البيع في جزء من احد عشر جزءا من دينار وهذا القدر من الحكم كاف في كل مختلفين
جمعا في عقد واحد بعوض واحد ولا يلزم الربا فالمقتضي للصحة موجود والمانع منتف
ويمنع اتحاد العقد لاختلاف الجانبين واتحاد المختلفين في احد الجزئين لا
يوجب الاتحاد في الماهية والحقيقة الواحدة فيكون سببا لاثر وليس سببا لاخر
فالصحة والبطلان باعتبار اضافتين الى مضاف فلا تنافي واما ذكره هذه
المسألة هنا لان بعضهم ابطل المسمى من حيث الجهالة **قال** قدس الله سره **الثالث** الشرط
ولو شرط في العقد ما يخل بمقصود النكاح وان كان غرضا مقصودا في الجملة بطل
النكاح بل الشرط ان خالف المشروع مثل ان تشترط ان لا يتزوج او لا يتسرى او لا يمنعها
من الخروج او لا يقسم لضرتها فالعقد والمهر صحيحان ويبطل الشرط خاصة
ولو شرط تسليم المهر في اجل فان لم يفعل كان العقد باطلا فانه يبطل الشرط خاصة
وفي فساد المهر وجه فان المشروط كالعوض المضاف الى الصداق ويتعذر الرجوع
الى قيمة الشرط فيثبت مهر المثل **اقول** كل شرط لا يخل بالمقصود من النكاح بالذات
فانه ان وافق المشروع صح وان خالف المشروع بطل ولم يبطل النكاح لان فساد
العوض لا يؤثر فيه ففساد الشرط اولى واما الصداق فلا يبطل به ايضا لانه في مقابل
الوطء خاصة ولا اعتبار بالشرط ويحتمل فساد المهر لما ذكره المصنف ولان الشرط
ان كان لها فانما رضيت بالمسمى مع تلك القيمة التابعة له ولم يحصل لها وان
كان عليها فانما رضي الزوج ببذل المسمى ليحصل ذلك الرفق مع البضع ولم يحصل

وليس له قيمة يرجع اليها فوجب الرجوع الى مهر المثل فعلى اطلاق المصنف لا فرق بين
ان يزيد على مهر المثل او ينقص او يساوي واقول يحتمل انه ان زاد المسمى مع الشرط
لها فالواجب المسمى لانه قد رضي ببذله مع المسامحة بترك حق فاذا لم تلزمه المسامحة فالزائد
به اولى وكذا ان نقص مع الشرط عليها لانها قد رضيت مع ترك حق لها فلا معه اولى
وان اخل بمقصود النكاح كان شرط تسليم المهر في اجل فان لم يفعل كان العقد باطلا
بطل الشرط اجماعا قيل والنكاح لانه اتى بلفظ يشتمل النكاح وتاخير رفعه وتنافي
صحته وليس ترجيح جانب الصحة على البطلان اولى من العكس فتعارضان فيرجع الى اصل
بقاء عدم النكاح والاولى صحة النكاح فيقبل بابتر الشرط في افساد الصداق لانها المصنف صح
انما رضيا به على هذا الوجه فيثبت مهر المثل وابداه الشارح بقوله وفي فساد المهر وجه
وقيل لا يفسد المهر بل الشرط خاصة لانه عقد وشرط لا بشرط والا لكان باطلا وان
الموجب لثبوت الشرط العقد فلو كان الشرط شرطا في صحته لزم الدور فاذا لم يبطل
العقد بسببه لجانب الشرط بطل الشرط ولم يؤثر في العقد وهو الاقوى عندي وان
لم يخل الشرط بالمقصود من النكاح وبالحال المشروع صح الشرط قال قدس الله سره
ولو شرط ان لا يقتضها لزم الشرط فان اذنت بعد ذلك جاز وعندي فيه
اشكال وقيل يختص بالمؤجل اقول الاول قول الشيخ في النهاية والقاضي في قوله
في المبسوط قال ويبطل في الدائم النكاح والشرط وتبعه ابن حمزة وقطب الدين
الكيدري واختاره والدي المصنف قدس الله سره في المختلف وابطل ابن البراج الشرط
خاصة فيهما واختاره ابن ادريس وهو الاقوى عندي لما تقدم احتج الشيخ على قوله
في النهاية بما رواه اسحق بن عمار عن الصادق عليه السلم قال قلت رجل تزوج بجارية
عاتق على ان لا يقتضها ثم اذنت بعد ذلك فقال اذا اذنت له فلا باس شرط في
الجواز الاذن فالمشروط ينتفي بانتفاء شرطه لان قضية الشرط ذلك ودلالة له
على صحة النكاح والشرط والجواب ضعف سند الرواية ووجه الاشكال
الذي ذكره المصنف الرواية وقوله عليه السلم المؤمنون عند شروطهم وان
وطي الحق لا يستباح الا بالعقد والعقد الصحيح اللازم سبب تام في الاباحة
وهاهنا مقدمتان اجتمعتا فان لم يستبح بالعقد استبيح بغيره
فان استبيح به لم يتوقف على غيره قال قدس الله سره ولو اصدقها شيئا وشرط
ان يعطي اباها منه شيئا قيل لزم الشرط اقول هذا قول بعض الاصحاب
لانه

لانه شرط لا يخالف المشروع ويظهر من كلام ابن الجنيد انه ان شرطه الزوج في
نفس العقد لزم لانه جعله بعض الصداق ولقصة شعيب مع موسى وقال الشيخ في
النهاية لو عقد على امراة وسمى لها شيئا ولابيها ايضا شيئا كان المهر لازما له وما سماه
لابيها لم يكن عليه منه شيء قال والدي في المختلف ان كان قد جعل للواسطة بلفظ الجعالة
شيئا في مقابلة فعله لزم لانه جعل على فعل مباح وفعله المجعول له فيلزم وان
لم يكن على سبيل الجعالة لم يلزم وهذا هو الاصح عندي والجواب عن حججهم اما
آ فلان الشرط من جملة المهر فهو للمراة او للرجل والنفع لغيرهما وعن ب انها
منسوخة فان المهر في تلك الشريعة كان للاب ثم نسخ بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن
فآتوهن اجورهن فريضة قال قدس الله سره ولو شرط ان لا يخرجها من بلدها قيل لزم
للرواية اقول هذا قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة وقال في الخلاف وابن
ادريس لا يصح الشرط وهو الاصح عندي ولو رضيت بعد ذلك باخراجها جاز اجماعا تمسك
الشيخ في النهاية بما رواه ابو العباس في الصحيح عن الصادق عليه السلم في الرجل يتزوج
امراة ويشرط لها ان لا يخرجها من بلدها قال يفي لها بذلك او قال يلزمه ذلك والجواب
المراد الاستحباب لان مقتضى النكاح تسلط الرجل على المراة بالاستمتاع والاسكان
وغير ذلك قال قدس الله سره وهل يتعدى الى منزلها اشكال اقول هذا فرع على صحة
اشتراط ان لا يخرجها من بلدها فانه على القول ببطلانه يبطل هذا الشرط قطعا ومنشاه
ان النكاح سبب بنص الشرع في تملك الزوج نقل الزوجة واسكانها اين شاء والمخالف
الا بنص ولم يرد في المنزل ومن عموم المؤمنون عند شروطهم قال قدس الله سره ولو
شرط لها مهرا ان لم يخرجها من بلدها وازيد ان اخرجها فاخرجها الى بلاد الشرك لم يلزم
اجابتها ولها الزائد واذا اخرجها الى بلاد الاسلام كان لازما وفيه نظر اقول
ما ذكره هنا قول الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج وابن حمزة لما روي في
الحسن عن علي بن رئاب عن الكاظم عليه السلم قال سئل وانا حاضر عن رجل تزوج
امراة على مائة دينار على ان تخرج معه الى بلاده وان لم تخرج معه فمهرها خمسون
دينارا ارايت ان لم تخرج معه الى بلاده قال فقال ان اراد ان يخرج بها الى
بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك ولها مائة دينار التي اصدقها اياها
وان اراد ان يخرج بها الى بلاد الاسلام ودار الاسلام فله ما اشترط

عليها والمسلمون على شروطهم وليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدي لها صداقها أو
ترضى من ذلك بما رضيت وهو جائز له واعلم أن منشأ النظر أنه شرط خالف مقتضى
العقد فلا يصح ومن عموم الخبر ولأنه يتعلق به غرض صحيح والأصح عندي قول
ابن ادريس وهو أنه لا يصح هذا الشرط قال قدس الله سره الخامس أن يزوج
الولي بدون مهر مثلها فيصح العقد وفي صحة المسمى قولان أقول هذا الفرع
الخامس من أسباب فساد المهر المسمى فنقول أما صحة العقد فلأن المهر
ليس شرطا في صحة النكاح لجواز إخلائه عنه وكلما لا يتوقف ثبوته على شيء
لا يؤثر عدمه في عدمه وفيه وجهان بإثبات في المسألة التي تعقب وأما المسمى فقال
الشيخ في الخلاف يثبت لأنه يصح عنه العفو فعقده على الأقل أولى أما الأولى
فلقوله تعالى أو يعفوا الذي بيده عقدة النكاح وأما الثانية فلأن له إسقاط ما
وجب فالاقتصار على بعض ما لم يجب أولى ولأن المصلحة منوطة بنظر الولي فقد يكون
تقليل المهر على هذا ترغيبا له أصلح لها من مهر المثل أو الزيادة عليه لعيب وقد
يثبت في جزئيات الأمور ما لا يثبت في كلياتها ولست هذه بمعارضة في حقيقة وقيل
يفسد المسمى لوجوب مراعاة القيمة في أموالها ومنافع أملاكها ففي منافع
أبضاعها أولى ومع فساد التفويض يثبت مهر المثل بنفس العقد أو ... وزوج النبي
عليه السلام ابنته بخمسمائة ومعلوم أن مهر بنت النبي عليه السلام لا يكون هذا القدر
فأجيب بنظر النبوة يقيني والولاية اجتهادي وجاز أن يكون بإذنها قال
قدس الله سره وكذا لو زوجها بأكثر من مهر المثل فإن المسمى يبطل وفي فساد النكاح إشكال
ينشأ من التمسك بالعقد الذي لا يشترط فيه المهر ولا ذكره ومن بعد الرجوع إلى مهر
المثل بدون رضاها فيما فوقه والأقوى أنه مع فسخ المسمى يثبت الخيار في فسخ
العقد أقول الكلام في موضعين آ في المسمى فنقول إنما رجح هنا بطلان المسمى هنا ع
لأن الزيادة على مهر المثل تشتمل على المفسدة ما للمولى عليه لا بعوض يساويه بخلاف ب
نقصانه عن مهر المثل لأن المقصود في النكاح الاستمتاع والمهر بالعرض
في النكاح فقيل يفسد لأن الزوجة لم ترض إلا بالزائد على مهر المثل والزوج لم
يرض إلا بالأقل فإذا لم يحصل ما علله التراضي لم يكن النكاح مرضيا به فلا يصح
لأن العقود تابعة للمقصود وهذا معنى قوله ومن بعد الرجوع إلى مهر
المثل

المثل بدون رضاهما أو بدون ما فعلا به فإن ما تراضيا عليه المحمل وما
استثمره لم يتراضيا عليه قلنا منقوض بما لو أصدقها خمرا أو مجهولا على
الأصح وهو الصحة والأصح أنه يصح النكاح لوجود المقتضي وهو العقد وانتفاء
المعارض إذ ليس إلا فوات المسمى وهو ليس شرطا في العقد ولا المسمى شرطا
لأن شرطيته لا تكون بغير جعل الشارع اتفاقا وذكر المصنف وجها ثالثا
وهو أنه يتخير من زاد عليه أو نقص عنه لفوات وجه التراضي فلا يلزم ولا
يبطل المأمور ولأنه ليس أقل من عقد الفضولي وهذا هو الأصح وهذه الوجوه
آتية في المسائل المتقدمة فقوله وفي فساد النكاح أي مع بطلان المسمى في المسألتين
قال قدس الله سره السادس مخالفة الأمر فإذا قالت زوجني بألف فزوجها
بخمسمائة لم يصح العقد ويحتمل ثبوت الخيار أقول هذا هو النوع السادس
من أسباب فساد المهر وهو مخالفة الوكيل ما عينه الموكل ووجه البطلان
أن أمرها بعقده بألف يستلزم النهي عن الأقل فيبطل المنهي عنه كما لو صرح
بالنهي ووجه الاحتمال أنه بالنسبة إلى غير المأمور به فضولي وعقد الفضولي
يقف على الإجازة على القول بوقفه وعلى القول ببطلانه يبطل قال قدس
الله سره ولو قالت زوجني مطلقا فزوجها بدون مهر المثل فالأقرب الرجوع إلى
مهر المثل أقول المراد بقوله مطلقا أي أطلقت قولها زوجني وليس
عاما لقولها زوجني بأن تصرح وتقول زوجني وأطلق أي النكاح عن
ذكر المهر وعممه ووجه القرب أنها أذنت في العقد ولم تقيد المهر
وتقدير المهر وذكره حينئذ ليس شرطا شرعا والحسب أمرها فلا يتوقف عليه
الرضا ولا العقد فيصح العقد وإنما يرجع إلى مهر المثل لأن إطلاق الأمر
يقتضي عدم النقصان عن مهر المثل لأنه ينصرف إلى الغبطة وهي مهر
المثل فما زاد ويحتمل ضعيفا فساد العقد لأن الإطلاق ينصرف
إلى مهر المثل وكان بمنزلة ما لو عينته فإن قلنا في صورة التعيين بعدم فساد
العقد فهنا أولى وهو ظاهر وإن قلنا بفساد العقد ثم احتمله وهنا
تنزيلا للمفهوم منزلة الصريح وهو ضعيف لأن دلالة المفهوم شرط فيها
كون المسكوت عنه أولى من المنطوق وليس هنا كذلك ولأن

الامر بالكلي تخيير بين الجزئيات ومع القرينة ظني لانه اعم ولا دلالة للعام على الخاص
ودلالة القرينة العرفية ظنية واللفظية اقوى منها ولا يرد النقض بالبيع لانه معاوضة
محضة بخلافه هنا **قال** قدس سره ولو لم يذكر مع الاطلاق المهر احتمل
الصحة للامتثال والفساد اذ مفهومه ذكر المهر عرفا **اقول** الضمير
في قوله يذكر راجع الى الوكيل اي اذا اطلقت المراة الاذن بالعقد فاخلاه
الوكيل عن ذكر المهر والحق عندي الاول لان المأتي به مطابق للاذن واذا كان
المطلق يستدعي مهر المثل كان اطلاق العقد كذلك مهر المثل فان اذنها في النكاح
والسكوت عن المهر ليس بتفويض لاقتضاء الاذن المهر لانه عقد معاوضة باعتبار
والاذن في مطلق المعاوضة ينصرف الى القيمة المثل **قال** قدس سره ومع التقييد
يحتمل الفساد والخيار فيثبت مهر المثل **اقول** اي لو قيدت الاذن في العقد بالمهر
فزوجها مطلقا من غير ذكر المهر يحتمل فساد العقد للمخالفة كما تقدم وثبوت خيار
الفسخ لها لانه لا ينقص مرتبة عن عقد الفضولي ومع الصحة يثبت مهر المثل لا
لما قاله اطلاق العقد تفويض فاذا رضيت به لم يثبت مهر المثل بمجرد العقد
لانه حكم التفويض لانا نقول لا نسلم ان اذنها في النكاح والسكوت
عن المهر تفويض لما تقدم ولان النكاح تعقد بالمهر في الغالب فيحمل الاذن
على العادة الغالبة فيكون قول الوكيل زوجتك بمنزلة زوجتك بمهر وفيه كلام
ياتي في التفويض او نقول مراد المصنف يثبت مهر المثل بالدخول والاول هو الاصح
لان الوكيل لا يملك التفويض الا بالنص عليه فمع عدم نصها عليه يبطل التفويض
ويبطل لانه يقتضي ثبوت مهر المثل فيثبت مهر المثل **الفصل الثالث** في التفويض
وهو قسمان تفويض البضع **قال** قدس سره فلو قالت على ان لا مهر عليك
صح العقد ولو قالت على ان لا مهر عليك في الحال ولا في ثانيه احتمل الصحة
لانه بمعنى ان لا مهر عليك والبطلان **اقول** تفويض البضع اخلاء العقد عن
ذكر المهر بامر يستحقه وله صورتان **آ** ان تقول زوجتك نفسي ولا تذكر
مهرا فيقول قبلت **ب** ان تقول زوجتك نفسي ولا مهر عليك اي بنفس العقد
في الحال ثم فرع المصنف على ذلك انه لو قالت زوجتك على ان لا مهر عليك
في الحال ولا في ثانيه اي بعد الدخول قال المصنف احتمل الصحة لانه يعني ان لا
مهر

مهر عليك لان مهر نكرة والنكرة في معرض النفي تعم وفيه نظر لان نفي النكرة يعم الافراد
لا الازمان والاولى ان يفرق بين الدوام والاطلاق لكلام ويمكن ان يقال
بلغوا النفي في المستقبل ويصح النفي في الحال اما في المستقبل فظاهر واما صحته
في الحال فلانه نص على التفويض ووجه الثاني وهو بطلان النكاح ان النكاح
بغير مهر في الحال ولا في المستقبل هبة من المراة نفسها ونكاح الموهوبة مخصوص
بالنبي عليه السلم فقد ذكر المصنف وجهين ان يكون تفويضا صحيحا وفساد النكاح
ويبقى هنا وجه اخر انه تفويض فاسد واذا فسد التفويض وجب مهر المثل والاقوى
عندي بطلان العقد لان التفويض لا يصح بشرط المهر او شرط نفيه في الجملة ولا
ينافي مقتضى العقد لانه يثبت المهر بالوطي ونفي المهر دائما بالعقد والوطي ينافي مقتضى
العقد وكل شرط ينافي مقتضى العقد يبطل العقد **مسئلة** مفوضة البضع يجب
لها مهر بالعقد لما رواه منصور بن حازم قال قلت لابي عبد الله عليه السلم رجل تزوج
امراة ولم يفرض لها صداقا قال لا شيء لها من الصداق فان كان دخل بها فلها مهر نسائها
قال قدس سره نعم لو زوج الولي بمفوضة او بدون مهر المثل صح قيل ويثبت مهر المثل بنفس
العقد وفيه اشكال ينشا من اعتبار المصلحة المنوطة بنظر الولي فيصح التفويض
ولو قال نظري **اقول** هنا مسائل **آ** اذا زوج الولي المجبر مفوضة صح النكاح
لانه ليس من شرطه ذكر المهر والبحث في التفويض فالاصح انه لا يصح لانه عقد
معاوضة فلا يجوز للولي اخلاؤه عن العوض كسائر المعاوضات قوله وقيل يثبت
مهر المثل اشارة الى قول الشيخ انه اذا فسد التفويض وصح النكاح يثبت مهر المثل
بنفس العقد والا لزم صحة التفويض لانه معناه ويحتمل صحة التفويض عادة على
المصنف ويتفرع على الاحتمالين ما اذا طلقها قبل الدخول فانه يجب على
وجوب مهر المثل بنفس العقد نصف مهر المثل وعلى صحة التفويض المتعة **ب**
اذا زوجها بدون مهر المثل وقد مضى البحث فيه **قال** قدس سره والاعتبار
في مهر المثل بحال المراة في الحال والشرف ما لم يتجاوز مهر السنة وهو خمسمائة درهم
فان تجاوز رد اليها وهل المعتبر العصبات او الاقارب مطلقا اشكال **اقول**
هنا مقدمة وهي ان الفقيه يجب عليه ان يعرف مهر المثل على وجه كلي قانوني
لانه يبحث عنه في مواضع منها وطي الشبهة ووطي المكرهة وعوضه

البضع والتفويض والتسمية الفاسدتان ومنها التفريط عليه فلذلك ذكره
المصنف وهو القدر الذي يقتضي عقل المعاش بذله في مقابلة نكاح مثل المرأة
من غير زيادة ونقصان وقد ذكر المصنف لضابطه أمورا آ الجمال ب
الشرف واقتصر عليهما المصنف رحمه الله وقال أبو الصلاح السن والجمال والتحصن ج
النسب والعجز أنما الركن الأعظم فيه ثم اختلف الأصحاب في النسب المعتبر
فقال الشيخ في الخلاف والمبسوط المعتبر الأقارب مطلقا كالأم والأخت ومن هو
في جهتها وقال ابن حمزة يعتبر نساء أهلها من كلي الطرفين الأقرب فالأقرب وقال ابن
البراج المعتبر قرابة الأب من الأمهات على ترتيب العصبات لصحيح الشيخ وبرواية
عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا
ثم دخل بها قال لها صداق نسائها والنساء أهل للعصبات وغيرها قال د
الشيخ في المبسوط كل أمر يختلف المهر لأجله فإنه يعتبر به وقال ابن حمزة يعتبر كلما
يختلف المهر لأجله من العقل والحمق والجمال والديانة والبكارة والإعادة والمكان
والثيوبة وصراحة النسب وصفتها ه السن واعتبرها الشيخ في المبسوط وابن
البراج وأبو الصلاح وهو جنس الخلاف لاختلاف في زيادة المهر ونقصانه وبنقصانه
بزيادتها و اعتبر بعض علمائنا البلد ولم يعتبرها آخرون وهو الأقوى قال
قدس الله سره والأقرب عدم تقديره بمهر السنة فيما أشبه الجناية كالنكاح الفاسد
ووطي الشبهة والإكراه أقول في هذه المسألة أقوال ثلثة آ أنه يعتبر فيرد
مهر المثل إلى مهر السنة إن زاد عليه مطلقا وهو اختيار أكثر الأصحاب لما رواه أبو بصير
عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل تزوج امرأة فوهم أن يسمي صداقها حتى دخل بها قال
السنة والسنة خمسمائة درهم وقال والدي في المختلف وهو غير دال على المطلوب صريحا
ب أنه لا يعتبر مطلقا لما دلت الأخبار المطلقة عليه ج اختيار المصنف هنا وحجته
أن هذا في الحقيقة قيمة متلف فلا يتقدر بمهر السنة لأن المتقدر المهر وهذا ليس بمهر
في الحقيقة وكل متلف مضمون ليس بمثلي فضمانه بقيمته هكذا حجة القرب ويحتمل
ضعيفا أن لا يتجاوز مهر السنة لعموم الرواية قلت السند ضعيف والمنع
عليه في المفوضة قال قدس الله سره ولو اتفقا على الفرض جاز وإن اختلفا
ففي فرض الحاكم إذا ترافعا إليه نظر أقربه أنه يفرض مهر المثل أقول منشأ
النظر أن النكاح يتعلق بالزوجين فلا مدخل لغيرهما فيه ولأنه لا يجب
المهر

المهر بالعقد لأنه لو مات أحدهما لم يجب شيء ولا يستقر إلا بالتراضي وتقدير الحاكم
فمتى فرض فلا يتحقق فيما لا يثبت إلا بالتراضي ومن حيث أن الحاكم نصب لرفع النزاع
لأنه به تم نظام النوع ولأنه ولي الممتنع فيفرضه لفرضهما مع التعاسر وقد اختار
والدي المصنف قدس الله سره في هذا الكتاب أنه يفرض تقدير مهر المثل ليجوز الزيادة
والنقصان كما في قيم المتلفات نعم الزيادة والنقصان بقدر ما يتغابن به ويحتمل
الاجتهاد وهو كما يتغابن بمثله في المعاملات قال قدس الله سره ولو فرضه
أجنبي ودفعه إليها ثم طلقها لم يحتمل المتعة فيرد على الأجنبي لأن فرض الأجنبي
يوجب على الزوج مالا وليس وليا ولا وكيلا فكان وجود فرضه كعدمه والصحة
لأنه يصح قضاؤه عنه فيصح فرضه أقول الحق عندي أنه لا يصح فرض الأجنبي وقوله
يصح قضاؤه ممنوع لأنه إنما يصح قضاء ما وجب عليه ولا يجب بالعقد وإنما يجب بالفرض
قال قدس الله سره أما لو فرض أقل وإن كان بقدر السنة فالأقوى اللزوم أقول واجبا
من أحكام تفويض البضع تقدير المهر بالتراضي إلا أن فرض الزوج مهر المثل فقد وجب
فيلزم ولا يعتبر رضا المرأة لعدم إجابتها إلى الزيادة والنقصان هبة وكذا لو
فرض أزيد من مهر المثل أما لو فرض أقل فإما أن ينقص عن مهر السنة أولا فالأول لا
يصح إلا بالتراضي إجماعا والثاني يحتمل اللزوم فيرد مهر المثل إلى السنة والزيادة تبرع
من الزوج ولأنها لو كان التقدير لها لم يجز لها التجاوز عن مهر السنة فلم يجز لها طلب
الزيادة مع فرض الزوج ويحتمل المنع لأن الزوج ملك بضعها مجانا لا استحالة
هبة البضع ولا تقدير بالتسمية فملك أن على الزوج عوض عنه ولا ملكها
النقيصة والأصح الأول وقولهم عليه أي على الزوج مهر المثل قلنا بل على الزوج مهرا ولا يتقدر
في نفسه عند التسمية فكذا عند الفرض لأنه ليس أعلى منها قال قدس الله سره ولو
دخل ولم يسم شيئا وقدم لها شيئا قبل كان ذلك مهرها ولا شيء لها بعد الدخول إلا
أن تشارطه قبل الدخول على أن المهر غيره أقول هذا القول قول الشيخين
وابن البراج وسلار وابن إدريس اعتمادا على رواية أبي عبيدة والفضيل في
الصحيح عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة فدخل بها وأولدها ثم مات عنها
فادعت شيئا من صداقها على ورثة زوجها فجاءت تطلبه منهم وتطلب الميراث
قال فقال أما الميراث فلها أن تطلبه وأما الصداق فإن الذي أخذت من
الزوج قبل أن تدخل عليه فهو الذي حل للزوج به فرجها قليلا كان أو كثيرا إذا

هي قبضته منه وقبلته ودخلت عليه فلا شيء لها بعد ذلك وقال ابن حمزة ان ادعت
المرأة انه هدية وادعى الزوج انه مهر فالقول قول الزوج مع اليمين فان حلف سقطت
دعواها وان نكل الزوم لها مهرا وان رد اليمين كان له ذلك وقال والدي قدس الله سره
كانت عادة العرب في القديم انه مع تقدم شيء وعدم التعدد يكون المقدم مهرا
فان اعتاد قوم ذلك حمل على العادة والاقوى عندي انه تفويض وان قصد الدافع
انه مهر كان فرضا ولكم الزوج **الثاني** تفويض المهر **قال** قدس الله سره وهو ان
يذكر المهر على الجملة منهما ويفوض تقديره الى احد الزوجين او اجنبي على اشكال
اقول منشأه من انه نوع توكيل اذ هما قد تراضيا عليه وقد شرطاه في عقد لازم
والاصل الصحة ولقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم ومن حيث ان المهر يتعلق
بالزوجين ويجوز اذا اتفقا بانفسهما ولا يحكم غيرهما ولم يرد النص عليه **قال** قدس
الله سره ولو مات الحاكم قبله وقبل الدخول فلها مهر المثل ويحتمل المتعة بخلاف مفوضة
البضع حيث رضيت بعدم مهر وقيل ليس لها احدهما **اقول** وجه الاول انه استحق
عليه بالموت المهر لكن لم يعين الحاكم فيرجع الى القيمة المعوض وهو مهر المثل والثاني قول الشيخ
في النهاية اجرى الموت مجرى الطلاق ولما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه
السلام في رجل تزوج امرأة على حكمها او حكمه فمات او ماتت قبل الدخول قال لها المتعة
والميراث ولا مهر لها ووجه الثالث انها انما تستحق بالحكم او الدخول والحكم
ممنوع فقال الزوج ان كان تزوجها على حكمها فمات قبل ولا يلزم الزوج شيء وان تزوجها
على حكمه لزمه جميع ما يحكم به والاقوى عندي قول الشيخ في النهاية **الفصل الرابع**
في التنصيف والعفو **مسئلة** التنصيف يملك الزوج نصف المهر الواجب بالعقد او الفرض
كالمسمى ومهر المثل مع فساد التفويض وكما لو طلق مفوضة المهر بعد فرضه بالطلاق
هل او ما الزمه الشارع به قبل الدخول وتحقيقه دقيقة هي ان النكاح ليس معاوضة
محضة لان ارتفاع المعاوضة قبل تسليم احد العوضين يسقط العوض الاخر لا يوجب
التنصيف ويسقط البعض فالاصل فيه قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد
فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وقولنا بالطلاق لانه عقب استحقاق نصف ما
فرضتم بالطلاق بالفاء وهو ايماء الى العلة خلافا لبعض الشافعية حيث قال
ان الطلاق يثبت له جنس الملك كالشفعة **قال** قدس الله سره وللعبد بالطلاق
وان كانت تامة على رأي **اقول** تقدم البحث في هذه المسئلة **قال** قدس الله سره ثم المطلق
ان كان قد دفع المهر استعاد نصفه فان كان قد تلف فنصف مثله او نصف قيمته
اقول

اقول بل الاولى عندي قيمة نصفه لانه فرق بين نصف قيمته وقيمة نصفه لان الشيء اذا
بيع كلا كانت قيمته اكثر مما اذا بيع مناصفة **قال** قدس الله سره وان اختلف في
وقت العقد والقبض لزمها الاقل من حين العقد الى حين التسليم وان تعيب قبل رجع
في نصف القيمة وللاقرب في نصف العين مع الارش **اقول** منشأ القولين قوله
تعالى فنصف ما فرضتم فيما يعني الذي فيكون المراد الماهية او مع جميع الاوصاف
التي تتفاوت القيم بها فالثاني على الاول والاول على الثاني وانما وجب الارش لكونه
مضمونا عليها لانه قبضته على انه لها وفي هذه المسئلة غير ما ذكره المصنف قولان آ
قوله في المبسوط فانه قال يتخير بين اخذ نصف العين ناقصا وبين نصف القيمة ولم يذكر
الارش ب قول ابن البراج انه ان كان النقص من فعلها او بامر سماوي تخير بين اخذ
نصفه ناقصا وبين تضمينها نصف قيمته وان كان العيب من قبل الاجنبي لم يكن له
سبيل على المهر وتضمينها نصف القيمة يوم قبضه **قال** قدس الله سره ولو تعلق
به حق لازم كالرهن والاجارة تعين البدل فان صبر الى الخلاص فله نصف العين ولو
قال انا ارجع فيها واصبر حتى ينقضي الاجارة احتمل عدم الاجابة والاجابة على الخلف
القيمة اذا دفعتها لانه يكون مضمونا عليها وله ان يمتنع منه الا ان يقول انا
اقبضه واردّه الى المستاجر امانة او يسقط الضمان على اشكال **اقول** هنا
مسئلتان آ ان يقول انا ارجع واصبر الى الخلاص ففيه احتمالان احدهما عدم الاجابة
لانه مضمون على المراة لا بعقد فان تخلص من الضمان الا بقبضه او قبض عوضه
فلانه مرجع طريق للمراة ذمتها فالالزام الحرج في شرعه الحكم وهو باطل بالآية
وتخوف تلف العين فينتقل الى القيمة واليه اشار بقوله وله الامتناع اي الامتناع
من تقاص حقه حالا غير مؤجل في ذمتها مع وجود المستحق غير محجور عليه فلما كان كذلك
فللمستحق عليه الزام صاحب الحق بقبضه لبراءة ذمته وهذا كاف في الدليل ويمكن ان يقال
جاز ان يبذل القيمة فيضمنها فيريد التخلص وهو ضعيف لانه ضمان للزيادة ليس بسببه
بل هو بسببها وهي المانعة للعين مع رجوعها له وضمانها اياها والثاني الاجابة
لانه لا منافاة بين تجدد ملك العين وانتقالها الى الغير واستمرار الاجارة
فاذا مضى بقيت المنافع لحيث لوجود الحق متناولها الاجارة والمانع ب لو
قال انا ارجع بالعين واسقط الضمان ففي صحة اسقاط الضمان اشكال منشاؤه
انه هل يصح الابراء من الاعيان المضمونة قبل التسلم لانه اشكال منشاؤه درك لم

لسبب الموجب للضمان وهو دوام تصرفها ومن حيث انه رضي بكونه في يدها كالمستاجر والضمان هنا
مخفف بخلاف الغاصب فيحتمل اسقاطه والاقوى عندي عدم الصحة لان الاسقاط لشيء
ثابت في الذمة والضمان يتجدد آناً فآناً **قال** قدس الله سره ولو كان المبيع بحاله او
لم يقبض الهبة او دبّر على اشكال فيهما تخيرت في الرجوع ودفع نصف العين وفي دفع
القيمة فان دفعت القيمة ثم رجعت لم يكن له اخذ العين **أقول** الاشكال في الهبة
مع عدم الاقباض والتدبير ومنشأ الاشكال في الهبة من حيث ان الهبة لا تتم الا بالقبض
فهي كلا تصرف ومن حيث انها تصرفت تصرفاً مشروعاً فلا يجوز اجبارها ابطاله وكون
الهبة مشروطة بالقبض بالنسبة الى المالك ومنشأوه في التدبير ان التدبير وصية ليس
بلازم ومن حيث انه طاعة مقصودة فليس للزوج تفويتها كالزيادات المتصلة ولان
ابطالها ضرر عليها ولتعلق حق الحرية ولا عوض للعبد عنه والمولى عوض عنه فكان تقديم
الاول اولى والحق عندي استحقاقه العين في الصورتين لان المعتبر في الوصية ملك الميت
عند الوفاة ولزوال التدبير بخروج الملك اختياراً فاستحقاقه قهراً اولى **قال**
قدس الله سره ويقوى الاشكال في الوصية بالعتق **أقول** فرق بين التدبير والوصية
بالعتق لان التدبير قيل عتق معلق ولانه يعتق بنفس الموت من غير احتياج الى ايقاع
صيغة ولان التدبير لا يبطل بزوال ملك المدبر وتجدد ملك غيره بعده بخلاف الوصية
بالعتق في ذلك كله عند الشيخ واذا احتمل ابطال التدبير فاحتمال بطلان الوصية
بالعتق اولى وان قلنا انه لا يبطل التدبير يحتمل ابطال الوصية لضعفها وتضعف
احتمال بقائها ووجه الاحتمال تعلق حق لازم بالنسبة الى غير الموصي ووجه
ضعفه تجدد ملك غيره قهراً ووجه انه لم يخرج عن ملكه ولم يتعلق به حق لازم
قال قدس الله سره ولو كان الصداق صيداً فاحرم ثم طلق احتمل رجوع النصف
اليه لانه ملك قهري كالارث فان غلبنا حق الله تعالى وجب ارساله وعليه قيمة
نصيبها **أقول** اعلم ان هذه المسألة على اصلين احدهما ان عود نصف الصداق
الى الزوج بنفس الطلاق وهو مذهب شيخنا وكثير من الاصحاب لقوله تعالى فنصف
ما فرضتم اي فلكم نصف ما فرضتم بالطلاق لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم
ولانه عقيب الطلاق يملك النصف بالقاء ولا يتأخر عنه وثانيهما ان اختيار السبب
هل هو اختيار المسبب فقال بعض المتكلمين لا وقيل بلى وعلى الاول يرجع نصف الصيد
الى ملكه المحرم لانه ملكه قهري فكان كالارث لان الطلاق لا يفيد الا الخلاف
الملك

الملك بل العقد منذ الفراق وعود النصف الى الزوج حكم ثبته الشارع عليه قهراً
فساوى الارث وعلى الثاني ليس له اختيار تملك الصيد ما دام محرماً فينتقل الى القيمة
لوجود المانع والاقوى عندي الاول لان ايجاب القيمة على المرأة مع وجود العين من
غير سببها او التفريط منها ضرر عظيم عليها ولانه كما لو ظهر في المبيع عيب بعد احرام بايعه كان
للمشتري الرد وليس للبايع سوى العين فكذا هنا او رجوع الكل بالرد فلذا لا يمنع
النصف اولى [illegible] بمنع الصغرى وان سلمت فالفرق عدم القدرة هنا على السبب
ويتفرع على عود العين اليه وجوب ارساله عليه والحكم الا بارسال الكل فاستغراق [illegible]
حقها وحق الله تعالى ويجب تغليب حق الله تعالى هنا كالاحرام وبيده صيد معصوم
يجب ارساله ويضمن فكذا هنا فيرسله ويضمن نصف قيمته لها وهذا هو الاصح عندي
ولما لم يذكر المصنف حكم تغليب حق الادمي وحكم [illegible] وما يتفرع عليها
اعرضنا عنها مخافة التطويل **قال** قدس الله سره ولو اصدقها مدبراً ثم طلق قبل الدخول تحرر
بموته وقيل بينهما نصفان والحق بطلان التدبير بالاصداق **أقول** الاول قول الشيخ في
النهاية وابن البراج واتباعهما بناء على مذهبهم من ان التدبير لا يبطل بتجدد ملك لغيره
ووجه الثاني استقرار ملك المرأة على النصف وعود النصف اليه ووجه الثالث بطلان
التدبير بالتصرفات الناقلة للملك وهو الاصح اختاره ابن ادريس **قال** قدس الله سره
وفي اجزاء العفو بحرف الهبة نظر **أقول** اذا كان المهر في ذمة احدهما صح من الآخر العفو
بلفظه وبلفظ الابراء وبلفظ الاسقاط وبلفظ الهبة ولا يشترط قبول من عليه واما
من في ذمته فلا يصح بلفظ واحد منها فالطريق ان يدفعه ويملكه بصيغة صحيحة ويقبل
صاحبه ويقبضه فانه ابتداء هبة منه وان كان المهر عيناً فالمتبرع فيها واهبه فان كانت في يد
المتبرع فلا بد من الايجاب والقبول والقبض وان كانت في يد الآخر فهو هبة من المالك في
يده فالكلام هنا في صيغة الايجاب واعتبار القبول والقبض اما [illegible] فتصح بلفظ
الهبة اجماعاً ولا يصح بلفظ الابراء اجماعاً وهل يصح بلفظ العفو وينزل منزلة الهبة
الاصح لا لانه لا مجال له في الاعيان كلفظ الابراء وقيل يصح لقوله تعالى فنصف
ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح وهو عام في
الدين والعين وفي وجه الدلالة نظر لان المراد فعل المعنى وهو حصول
الملك المعفو عنه ولم يقصد به العبارة المعينة والا لتعينت اجماعاً
سماه عفواً اشارة الى حصول الفضيلة من العفو والمدح والفعل لا صيغة

ثم عندنا المراد على وجه يصح كما لو قال ملكه كذا ولعل انه الى هذا المعنى اشار المصنف
قدس الله سره في قوله اذا عفى احد الزوجين عن حقه للدين فالعين وامّا ب ولا بد من
القبول وامّا ج فامّا ان يكون في يد الواهب او الموهوب منه والحق في كل واحد هو مع
كما في الهبة فلينظر في موضعه من كتاب القواعد وغيره من مصنفات امام المجتهدين
ذلك قدس الله سره والحق فيما يلزمه ويتفرع عليه يطول وليس يليق بهذا الكتاب **قال**
قدس الله سره والذي بيده عقدة النكاح وهو الاب او الجد العفو عن بعض حقها
لا جميعه قيل ولمن تولّيه امرها وليس لولي الزوج العفو عن حقه مع الطلاق **اقول**
ليس الذي بيده عقدة النكاح الزوج خلافا لاحمد واصحاب الرأي وسعيد بن
المسيب لانه تعالى ذكر عفو النساء عن نصفهن فينبغي ان يكون عفو الذي بيده عقدة
النكاح عنه ليكون العفو عنه في الموضعين واحدا ولانه تعالى ذكر خطاب الازواج
على المواجهة بقوله وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن ثم قال او يعفو الذي بيده عقدة
النكاح وهو خطاب عن حاضر فيتغاير او فيه نظر لان العدول عن خطاب الحاضر الى
خطاب الغائب والمعبر عنه واحد جائز في فصيح اللغة ويؤكده قوله تعالى حتى
اذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة وغيره لك من الايات والاول هو المشهور بين
الاصحاب وهو اختيار الشيخ الطوسي لان الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة
النكاح وهو الاب والجد والاخر قول بعض الاصحاب ومنشأ القولين ان قوله
تعالى او يعفو الذي بيده عقدة النكاح هل المراد به الذي بيده بالاصالة او مطلقا
لان المرأة اذا كانت بالغة رشيدة يكون متعلقا بعفوها هذا اذا كانت الوكالة
مطلقة ولو نصت في الوكالة على ذلك جاز قطعا **قال** قدس الله سره لو
اصدقها نخلا فاثمر في يدها فطلقها قبل الجذاذ لم يكن له الا الثمر فان بذلت نصف
المجموع لزمه قبوله على اشكال **اقول** اذا اصدقها نخلا حائلا ثم تجددت
ثمرته في يدها وطلقها قبل الدخول وقبل الجذاذ فهنا مسائل **آ** طلاقها قبل
التأبير ولم يكن له اخذ نصف الطلع قهرا اجماعا لانه زيادة تجددت على ملكها
بقي هنا مسائل لم يذكرها المصنف هنا فنشير الى منها وهي انه لو دفعت مجموع
نصف العين مع نصف الثمرة هل يلزمه القبول اوّله العدول الى القيمة قال الشيخ
في المبسوط يلزمه القبول لانها زيادة متصلة كالسمن ولزوال العيب وهو
استحقاق العين فلعله واختار والدي المصنف عدم الايجاب
لاشتماله على منة للحب قبولها ويقوى الاول ان تكلف المرأة القيمة
مع

مع وجود العين خروج عن نص القرآن بغير موجب اذا المانع وهو تعلق حق الغير قد
زال بنقلها وتساوي الحالين **ب** بعد التأبير لم يكن له اخذ الثمرة فهنا احتمالا لكن فيه صور
ذكر المصنف منها تصويرا واحدة وهي انه لو دفعت اليه العين مع الثمرة هل يلزمه
القبول قال الشيخ في المبسوط المذهب انه يجبر عليه لانها زيادة متصلة بالنخل فهي
كالطلع قبل ان يؤبر ولما تقدم وقال سحنا يجبر عليه لانها مما ينفصل لانه منفصل
ولهذا لا يدخل في بيع الاشجار والاستدلال على المنع وهذا هو الحق عندي **قال** قدس الله سره
وكذا لو قطعت الثمرة وبذلت نصف العين والعيب بالقطع او دفعت الارض اجير **اقول**
قوله وكذا العطف على قوله لزمه قبوله للمخاصمة من غير اشكال لان هذه المسألة اجماعية قطعية
وعدم حصول العيب لا لنقصان في الاشجار او الاغصان **قال** قدس الله سره ويحتمل
قويا الرجوع في العين مشغولة بالابقاء **اقول** هذه مسألة اختلف فيها الاصحاب
وتقريرها انه بعد تجدد الثمرة هل له ان يرجع فيها في عين الاشجار بعد تجدد الثمار
بعد العقد وقبل الطلاق مشغوله بالابقاء الى وقت الجذاذ قبل الا لانعقاد الاربعى(?)
بيع ودخوله للبستان واللطفان(?) لان الرجوع مشغوله كما ذكر لان المقتضي موجود
وهو وجود نصف ما فرض فيدخل تحت الاية وانتفاء المانع اذ لا ضرر على المرأة
في ابقاء الثمرة الى الجذاذ وحكم هذه في المكاتبة الاملاك الشائعة وليس للمرأة
اجبار على اخذ نصف الاشجار دون الثمار وابقائها الى الجذاذ لان حقه في
الاشجار الحالية فله ملزمه يلحق الرجوع ولا الصبر على الابقاء مجانا لانه انتقص
ما فرض **قال** قدس الله سره ولو ولدت الجارية او نتجت الشاة في يد الزوج فالولد
للمخاصمة فان تلف الولد بعد المنع من التسليم والمطالبة او تفريط ضمن والا احتمل
الضمان لانه تولد من اصل مضمون فاشبه ولد المغصوبة وعدمه لانه امانة ولو
نقصت الام اخذت النصف وارشه سواء كانت قد طالبت وامتنع او لم تطالب **اقول**
وجه كونه امانة ان اليد ليست عادية ولا هو معقود عليه منه كالمبيع قبل قبضه
فصار كما لو اطارت الريح ثوبا في حجره وهذا هو الاصح عندي **قال** قدس الله سره
ولو اصدقها امة حاملا فولدت رجع بنصف الولد ويحتمل عدمه لانه نماء
ظهرت بالانفصال **اقول** اذا اصدقها امة حاملا ودخل الحمل اما بشرط
دخوله كمذهب والدي المصنف قدس الله سره او تقدم اشتراط خروجه كالاطلاق
كمذهب الشيخ الطوسي ثم طلقها قبل الدخول فان كان قد طلقها وهي حامل بعد فله نصفها
حاملا قطعا وان طلقها وقد ولدت فالكلام في الولد وفي الام والذي المصنف عليه السلام

لانه كحكم للام لما يأتي واما الولد فقد ذكر فيه احتمالين احدهما رجوعه بنصف العين
لانه امر زايد لحقيقته لانه يتبع الحمل ويفرد بالملك كما لو اذن مولى الامة في النكاح
دون مولى العبد فانه يكون الولد لمولى الاب فله نصف الام ونصف الولد لانهما
معا المفروض وعلى تقدير فنصف ما فرض وثانيهما انه زيادة ظهرت بالانفصال على
ملكها لان قبله لم يفرد بالتقويم قال الشيخ ولم يعرف ملكيته ولم يقابله قسط من الثمن
فالزيادة على القولين ظهرت في ملكها فيكون للزوج ارش ما نقص ان كان ناقصا والا فيرجع بنصفها
لانه قيمة الحمل اذ لا يقوم بانفراده وهذا هو الاصح عندي والى هذا اشار بقوله و
يحتمل عدمه اي الى انه لا شيء للزوج بسبب الولد واما الام فله نصف عينها مع الكل
فان حرمنا التفريق غرمت له نصف القيمة والا فلا قال قدس الله سره ولو
اصدقها حليا فكسرته واعادت صنعة اخرى فهو زيادة ونقصان فلها الخيار فان
عادت تلك الصنعة احتمل اعتبار رضاها لانها زيادة حصلت باختيارها
فان ابت فله نصف قيمته مصوغا ويحتمل مثل وزنه ذهبا وقيمة الصنعة اقول
اذا اصدقها حليا فكسرته ثم اعادته حليا ثم طلقها الزوج قبل الدخول فاما ان يكون
قد صاغته على صورة مخالفة للاولى او مماثلة فالقسم الاول قد ذكر المصنف
حكمه ويبتني البحثين وامثالهما على قاعدة هي ان كلما نقص من العين يتخير الزوج
في نصف العين والقيمة وكلما زاد صفة تخيرت المراة في نصفها للعين والقيمة
وان زاد ونقص بوجهين فقد يجمع التعارض في اختيار العين المراة وفي اختيار
القيمة الرجل ولا يرجع في اختيار احدهما العين والاخرى القيمة والى هذا اشار بقوله
فلها الخيار واما القسم الثاني وهو ما اذا اعادت مثل تلك الصنعة التي كانت
فقولان احدهما انه يرجع الزوج الى نصف العين وان لم يرض الزوجة لان الصفة
التي كان عليها يوم الاصداق والتسليم اليها وثانيهما انه لا يرجع الا برضاها
لان الصنعة المعادة تجددت عندها والموجود قبلها كان مثلها لا عينها
والزيادات الحادثة عند الزوجة تمنع الرجوع القهري قالوا الهزة الحادثة
التي جعلت جهاز مع بعضها ثم عتقت يرجع الى نصفها فان لم يرض وهذه متفق عليها وكذا
هنا اذ لا فارق قلنا الحكم في الاصل ممنوع والاتفاق غير مسلم ولو سلم فالفرق ظاهر
فان السمن لا فعل لها فيه والصنعة عادت بفعلها والزامها المؤنة والى هذا الفرق
اشار والدي المصنف عليه الرحمة بقوله لانها زيادة حصلت باختيارها وانا اقول
احلات

اختلف المتكلمون في امكان اعادة المعدوم فالقائل بالامكان منهم ذهب الى ان
الحاصل ليس الا الاول لاتحاد الماهية واللوازم والعوارض اجيب لاختلافهما
الموضوع ولو كان الموجود مثلها امتنع للاستبعاد بوجوه ما بينها وبين مثلها فلا يعتبر رضاها
وعلى القول بامتناع الاعادة فان الموجود مثلها فيحتمل عدم اعتبار رضاها لان ضمان
ذوات الامثال بالمثل واقرب الامثال ما الحدث فيها الاجزاء المادية وتساوي الصور
والمقادير والاشكال والاقوى اعتبار رضاها لما تقدم ولان الصنعة من ذوات
القيم وكلما كان الجزء من ذوات القيم فالكل كذلك ثم فرع على اعتبار رضاها انها لو ابت
دفع العين فاذا الحب عليها فيه احتمالان احدهما نصف قيمة الحلي مصوغا لانها
كالتالف لعدم وجوب دفعها في التقويم بحث ذكره والدي في كتبه في باب الربا
وثانيهما مثل وزنه من جنسه لان الجزء المادي من ذوات الامثال فضمنه بمثله و
الصوري من ذوات القيم فتضمنه بقيمته وهي اجرة مثله او تفاوت ما بين قيمته
مصوغا وغير مصوغ ولوازم هذه المسالة وما يتفرع عليها كثير تركناه لعدم مناسبته
لهذا الوضع قال قدس الله سره لو اصدقها ذميان خمرا فطلق قبل الدخول بعد القبض
والاسلام وقد صارت خلا رجع بنصفه ويحتمل عدم الرجوع بناء على الزيادة في يدها فسقط
حقه من العين وله اقل القيم من حين العقد الى حين القبض وقد كان خمرا لا قيمة له اقول
وجه الاول ان عين الصداق باقية وانما تغيرت بعض صفاتها وهذا ظاهر على مذهبين
للمتكلمين احدهما مذهب ابي علي وابنه حيث قالا بتساوي الذوات واختلافها بالصفات
والمذهب الثاني من نفى الصور النوعية واثبت تساوي الاجسام وجعل اختلافها بالصفات
وهم كثير من المتكلمين ووجه الثاني ما ذكره المصنف وعندي في الوجه الاول
نظر لان الخلية حدثت في يدها فهي زيادة منفصلة حصلت عندها ولان مع الزيادة
المتصلة المتقومة ليس له الرجوع قهرا الى العين وقد تقدم ذلك فهنا اولى لان
الخلية هي المتقومة وكلما يرجع الى قيمته فانه ينظر الى قيمتي يوم الاصداق ويوم
القبض ويرجع الى نصف الاقل منهما وههنا لم يكن الصداق مما لا عند الاصداق
ولا عند الاقباض فيمتنع الرجوع الى بدل الصداق وقد بان اولا عدم الرجوع الى عينه
فهذا تقرير كلام المصنف في وجه الاحتمال الثاني قال قدس الله سره فعلى الاول
لو رجع الخل قبل الطلاق احتمل ان يرجع بمثله وعدمه لانه تعين بدله يوم القبض
ولا قيمة له حينئذ اقول وجه الاول انه لو بقي لرجع في نصفه فاذا تلف كان

الرجوع الى بدله ووجه الثاني انه انما يعتبر بدله يوم القبض لانه بلغ اعلى قيمتي
للاصداق والقبض والى هذا اشار بقوله يوم القبض في الحالين لا قيمة له لانه ليس
بمال في الحالين فيمتنع الرجوع الى بدله **قال** قدس الله سره ولو رجع خلا بعد تخمرها
فعدم الرجوع فيه اظهر لحدوث المالية باختيارها **اقول** انقلابه من نفسه انقلاب
طبيعي واما بفعلها فهي احدثت المالية بعد ان لم يكن مالا وكان كسبا لها فمن ثم
كان عدم الرجوع فيه اظهر **قال** قدس الله سره ولو صادقت خلا في يده ثم طلقها
قبلها فالنصف منه ويحتمل نصف مهر المثل لانتفاء القبض وقد ترافعوا قبله فيبطل
ووجب مهر المثل **اقول** اذا اصدقت خلا في يد الزوج ثم اسلما او احدهما
ففيه احتمالان احدهما ان لها النصف من الخل لان الزوجة تملك الصداق بالعقد
وتكون يد الزوج يد امانة فيها فكان كما لو قبضته خمرا فصار خلا في يدها الزيادة
حصلت في ملكها ويحتمل ان لها مهر المثل لانتفاء القبض وقد ترافعوا قبل القبض فلا
يحكم للخالي فيجب مهر المثل ولان الخمر لا تصلح عوضا في نكاح ولا في غيره وما اصطلح
صدقا وادى العقد اذ كونها اذا لم يتصل بها القبض قبل الاسلام ولهذا لو
اسلما او احدهما قبل صيرورته خلا يحكم بوجوب مهر المثل **قال** قدس الله سره و
لو وهبته المهر المعين او الدين عليه ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف القيمة وكذا
لو خلعها به اجمع ويحتمل في الابراء عدم الرجوع لانه اسقاط لا تمليك ولهذا
لو شهدا بدين فقبضه المدعي ثم وهبه من المدعى عليه ورجع الشاهدان غرما
ولو ابرأ لم يغرما **اقول** اذا ابرأته بلفظ الابراء ثم طلقها قبل الدخول ففيه احتمالان
احدهما يرجع بنصف المهر لتمزقها عليه لان للابراء تصرف في الدين واتلاف له لانه
قبل الابراء موصوف بالثبوت في ذمته ويضاف به الى مالك معين وهذه الاضافة
ثابتة في نفس الامر لا بمجرد فرض فارض فلولا ان يكون له تحقق ما لاستحال اضافته
به الى غيره لاستحالة تحقق الاضافة بدون المضافين فقد تصرفت فيه اما ان
تصرفا او اتلاف لزوال ذلك الثبوت والاشتراك له عنه وثانيهما عدم الرجوع
لانها لم تاخذ منه مالا ولا نقلت اليه الصداق ولا اتلفته عليه فلا تغرم والاول
ظاهر واما الثاني فلاستحالة ان يستحق الانسان في ذمة نفسه شيئا
فلا يتحقق نقله اليه واما الاسقاط فلقوله لا تمليك واما الثالث فلانه لم
تقدر منها الا ان الدين استحقاقها في ذمته لا عين وهو ليس باتلاف عليه
قطعا

بلغ قبالا

قطعا وبقيت عليه شيئان أ لو رجع الشاهدان بدين في ذمة زيد لعمرو
بعد حكم الحاكم عليه وقبل الاستيفاء ابرأ المشهود عليه لم يرجع على الشاهد
بشيء فلو كان الابراء اتلافا على من في ذمته غرما له ب الاستحقاق في
الذمة سبب الاتلاف المستحق على المستحق عليه وهو ظاهر فاذن المنافي
اعدامه سبب لعدم الاتلاف واستدل بانه لا تضمن بالعقد ان الرجوع الا
بالدين بعد الابراء فلا تضمن بغيره واجيب بعدم الثبوت اطلاقا لبراءة
مستمرة ولا اثر للابراء وهنا ثبت وازيل **قال** قدس الله سره اذا وهبته
المهر ثم ارتدت قبل الدخول ففي الرجوع بالجميع او النصف نظر **اقول** فرض هذه المسألة
ان يكون المهر عينا سواء وهبته قبل القبض او بعده ومنشأ النظر انها ملكت كل
المهر بالعقد عندنا لما تقدم وكذا ملك الزوج عنها ثم ملكه ملكا متجددا
لا انها بهبتها فكان كهبة الاجنبي ويزن ان ملكها النصف غير مستقر ولم يتجدد له
مانع لملكه لان ملكه لا يمنع نفسه بل تعجلت له ما استحقه بالفرقة قبل
الدخول وهو انا له استحقاقها وكان كالمعجل الدين قبل الحلول ولانه لو باعه
بخيار للبائع ثم وهبه من البائع ولما تعلم انها لعقبه لم يغرم لو رجع البائع والعين
موجودة فكذا هنا ويرجح للثاني بتجدد ملكه لاستلزام اجتماع المثلين
واستلزم منع نفسه وفي الثاني الجهة متحدة ومختلفة في مثلنا ومنع حكم
الاصل في الثالث ولو سلم المسلم من الفارق وعلى القول بان الزوجة لا تملك الجميع
بالعقد بل النصف فحينئذ هبة الزوج انا له للاستحقاقها لان تملك النصف
الآخر بالوطء او الموت لا يملك التنجيز لاستحالة ان تملك لا لانها تملك بعينه
٢ ولا يضر بان له الاستحقاق كما تقدم والاقوى عندي الرجوع بالجميع **قال**
قدس الله سره ح لو وهبته النصف ثم طلقها احتمل رجوعه بالنصف الباقي
وبنصفه وقيمة الربع ولهذا اتجه على النصف انصرف الى ما تملكه **اقول** هذه
المسألة فرع على المسألة الاولى وهي هبة الكل فانا اذا قررنا ان هبة الكل
٣ لا تمنع الرجوع فهنا النصف اولى بان لا تمنع ثم نقول اذا لم نرجع بالجميع الان
ح ان له النصف الباقي لانه استحق نصف العين بالطلاق وقد وجده فلحقه
ويحتمل هبتها في نصفها ولانه كما ثبت استحقاق العين واستقلها الى

بقائها في الاداء فانه يستحق بالتراضي او اسقاط العين او وجوهما نعم والكلام هنا
متنصف فيثبت الرجوع في النصف ب الرجوع الى نصف النصف الموجود وبدل
النصف الموهوب لان الهبة وردت على مطلق النصف فتشيع ويحتمل نظرا الى انه
الى معين حقه وهو ضمانه عليه فلزم بثبوت احتمال اخر وهو تخيير بين اخذ النصف
الموجود وبين التشطير المذكور والاصح عندي الاول والاحتمال يجري هنا
لان الاثلاث منها بالتشريع يتجه عليها وهذا الفرع انما هو فيما اذا كان
الصداق عينا اما لو كان في الذمة برئ من الكل وجها واحدا ولهذا اورده
المصنف في الدين بلفظ الابراء وفي العين بلفظ الهبة وهذه المسئلة تناسب ربما اذا
حال الحول على مهرها في ملكها وهو نصاب ثم طلقها قبل الدخول فان الزكوة
على خاصتها قال قدس الله سره ط لو تلف الصداق في يدها بعد الطلاق
بغير تفريط رجع ان جعلناه كالمبيع وان جعلناه كالموهوب بعد الرجوع
فلا ولو تلف في يدها بعد رجوع الكل بالفسخ فهو مضمون لان ذلك تراد
العوضين اقول هنا مسئلتان آ الصداق في يد المرأة قبل الدخول بعد
الطلاق هل هو مضمون او امانة فيه وجهان احدهما انه مضمون لان القبض
اولا كان بعقد معاوضة فاذا انقطع عقدها وارتفع فتضمنه كما اذا بقي
المبيع في يد المشتري بعد الاقالة او الفسخ بالعيب واليه اشار بقوله ان جعلناه
كالمبيع ويشبه المبيع ايضا من وجه اخر وهو انه اجرة لقوله تعالى وآتوهن اجورهن
ويحتمل عدم الضمان لان عود الصداق الى الزوج ليس بفسخ معاوضة اما
على القول بعدم ملكها الجميع بالعقد ابتداء فظاهر واما على القول الاخر
فلانه لو عاد بالفسخ لعاد الكل لان العوض لم يتبعض كما في البيع والاجارة
لكنه ابتداء ملك يحصل للزوج بسبب حادث وهو الطلاق ويوصف بالصحة
فيملكه وبالبطلان فلا يملكه لا بالعوض وهذا حكم الموهوب ويدها ليست
عادية فيكون امانة ويشبه الموهوب من وجه اخر وهو انه في الآية حكم
بكونه نحلة في قوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة والى هذين الوجهين اشار
بقوله وان جعلناه كالموهوب ب اذا رجع كل الصداق الى الزوج
بالفسخ بالعيب او بردتها وهو في يدها فهو مضمون عليها لان رجوعه هنا
بالفسخ

بفسخ معاوضة اقتضى تراد العوضين فحصل الفرق بين رجوع المهر هنا وبين عود النصف
بالطلاق لان عوده بالفسخ تعليل لعدم المعلول وهو ملك المهر لعدم علته
وهو العقد واما علة ملك نصفه بالطلاق فامر وجودي حادث مبني على صحة
العقد لا الاول فليس من عدم العلة في شيء ويتفرع على الاحتمالين ما لو
ادعيا التلف بعد الطلاق وقال قبله فعلى الثاني تعارض اصلا بقاء العين
وبقاء الضمان لكن بقاء الضمان مشروط ببقائه وهو سبق التلف على الطلاق
والاصل عدمه فكان اصل البقاء اقوى فرجح على اصل بقاء الضمان لانه ليس بموجب
ثبوته فيقدم قولها ولا اصل لاصل البراءة هنا لان الثابت على القبض استصحب وجود
نقيضه والحادث له سبب حادث والاصل عدمه قال قدس الله سره ولو دفع الاب
المهر عن ولده تبرعا او لعسارة للضمان ثم بلغ الصبي فطلق قبل الدخول
رجع النصف الى الولد لانه كالهبة وكذا لو دفع عن الكبير تبرعا او عن الاجنبي على
اشكال اقول مبناه على مسئلتين آ ان قضاء دين الغير هل يستلزم دخوله في ملكه اولا
ب انه اذا دخل كان هبة والهبة للاجنبي اذا تصرف فيها الموهوب هل للواهب الرجوع
اولا فان قلنا ليس له الرجوع هنا او قلنا انه لا يكون له الرجوع لانه هو الذي نقله
نقلا لازما فهو اقوى من نقل الموهوب وان قلنا ان للواهب الرجوع مع تصرف الموهوب
يحتمل عدم الرجوع هنا لان المباشر للازالة هو الواهب هذا في توجه الاشكال
في الاجنبي واما في الولد الكبير فمنشأ الاشكال في المسئلة الاولى قال قدس
الله سره ولو ارتد انفسخ النكاح ورجع الصداق الى الولد وكذا لو فسخ الولد العقد
لعيب بعد الدخول وقبله على اشكال اقول هذه المسئلة المذكورة هنا تبتني على
مقدمة هي انه اذا عقد نكاحا لابنه الصغير المعسر على امرأة بمهر معين فانه يكون
قد ملك ابنه المعسر ذلك المقدار ثم جعله مهرا بولايته عليه فيكون داخلا في
ملكه وتمام المجموع اخرجه عنه لاستحالة ان يتزوج الانسان والمهر من مال
غير الزوج او على ذمة غيره ابتداء من غير سبق استحقاق الزوج او
ضمان ذلك الغير عنه وهكذا في كل المعاوضات وكذا اذا قضى دين
غيره ملكه المقضي عنه اولا اذا تقرر ذلك فنقول كان قد ذكر
المصنف فيما تقدم رجوع نصف الصداق الى الزوج قبل الدخول واشار
ايضا الى رجوع مجموع الصداق وذكر سببه وهو الفسخ لكن ذكره ثمة بالعرض للفرق

بيّنه وبين الطلاق ثم ذكر هنا مفصلاً في صور ثلاث آ اذا ارتدت المراة والمراد
قبل الدخول وانما لم يذكره هنا لانه ذكره ثمه ب اذا فسخ الزوج النكاح
لعيب بعد الدخول والمراد اذا كانت هي المدلسة على القول برجوعه عليها
بجميع المهر فانه قول كثير من اصحابنا واما عند امام الحرمين المجتهد المصنف
فانه يرجع الى ما اول ما يمكن ان يكون مهراً ج ان فسخ الولد النكاح لعيب في المراة
قبل الدخول فانه يرجع كل المهر ويتفرع على ذلك ما اذا كان المهر من الوالد
في هذه الصور الثلاث يرجع الى الولد في هذه كلها لانه ملكه وعاوض عليه بعد
ملكه فاذا بطلت المعاوضة رجع اليه ولا يقتضي بطلانها رجوعه الى الواهب
المملك كما لو اشترى لم يسلمه بما ملكه اباه ثم انفسخ المبيع فانه يرجع الى الموهوب اولا صح
لا الى الواهب والمصنف قدس الله سره استشكل في الصورة الاخيرة رجوعه الى الابن
ومنشاؤه ان الفسخ بالعيب قيل هو رفع للنكاح من اصله فكان كفساده من الاصل
لان شرط صحة العقد رضاه به وهو على تقدير انتفاء العيب فان الفسخ كشف عن ذلك
والثابت على تقدير كونه منتفيا كلما كان ذلك التقدير منتفيا لكن الا انه منتف بعينه
من الاصل فكذا الرضا به وانتفاء الشرط يقتضي انتفاء المشروط فظهر ان الفسخ بالعيب
كاشف عن بطلانه ابتداء ولانه لو لم يقتض الاتحاد رفعه بعد ان لم يكن فقبله ان ترتب
عليه اثر كان لانه في وقت لا سبيل الى فسخه اذ ليس الا الفسخ ولا يؤثر الا فيما بعد
لا فيما مضى مع وجود سبب عدم اللزوم التام وهو العيب وعدم الرضا به
وهو باطل قطعا لان كلما يتجدد من اثر بعد وجود وخلوه من المانع فلتجدد سببه
اقتضى ذلك وهذه مقدمة قطعية بديهية ولم يتجدد الا الفسخ وهو متاخر عن عدم
اللزوم فلو كان علة فيه لزم الدور وان لم يترتب عليه اثر لم يملك الولد فيما سبق وهو
المطلوب وقيل الفسخ رفع متجدد لفرق الاصحاب بين الذي يبطل من اصله والذي
يتجدد فسخه وجعلوا الفسخ بالعيب من الثاني لا الاول فيتحصل بعد ملكه
فسخ معاوضة عليه فيرجع اليه والفرق بين هذه المسئلة والمسئلتين الاولتين اما اولا
وهو الفسخ بالردة فنقول الفسخ بالردة متجدد والعقد قبلها صحيح لازم
اليها اجماعا فاقتضى ملك الولد لان كلما هو شرط في نفس وقوع العقد او
لازمه فانه يثبت في ابتدا ثبوت العقد ويستحيل تخلفه عنه وملك الا شرط
في صحة وقوع عقد المهر هنا فيثبت في ابتدائه قطعا والعلة في ملك الا ان
ابتدا العقد والملك شرط في تمامه فلا دور فاذا بطلت المعاوضة
عليه

وأما ما يلتزم
رد اليه كالبيع ب فلانه دخل والدخول مقرر للمهر وهو مسبوق بملك الولد وقد تسلطا
اتلاف او عوض بعوضها فيكون له لا للواهب ولان هذا الدخول ليس بشبهة فهو
بالعقد فقد ترتب عليه اثر وترتب الاثر الاخر وهو المهر لانه عوضه فلهذا لم يستشكل
المصنف في هاتين الصورتين واستشكل في الثالثة الفصل الخامس في
التنازع قال قدس الله سره اذا اختلفا في اصل المهر قبل الدخول فالقول قول
الزوج مع اليمين لامكان تجرد العقد عن المهر وكذا بعده والتحقيق انه ان
انكر التسمية صدق باليمين لكن يثبت عليه قبل الدخول مع الطلاق المتعة ومع
الدخول مهر المثل والاقرب ان دعواها ان قصرت عنهما ثبت ما ادعته ولو انكر
الاستحقاق عقيب دعواها اياه او دعواها التسمية فان اعترف بالنكاح فالاقرب
عدم سماعه اقول هذه المباحث مبنية على مقدمة هي ان تجرد العقد لا يستلزم ثبوت
المهر لان ذكر المهر ليس بشرط في صحته لقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن
او تفرضوا لهن فريضة ومع صحته التفويض يصح العقد واذا مات قبل الدخول لم يجب شيء
وكذا لو انكر على الشيء وليس بلازم اذا تقرر ذلك فنقول هنا مسائل آ اذا له صح
انكر الزوج اصل المهر قبل الدخول وادعته المراة فالقول قوله مع اليمين لانتفاء احد
السببين وهو الدخول وعدم العلم بسبب الاخر وهو العقد والاصل البراءة ب
اذا جرى هذا الاختلاف بعد الدخول اطلاق الاصحاب يقتضي ان القول قول
الزوج ايضا لان الدخول كالعقد قد يتخلف عنه وجوب المهر على الزوج كما اذا زوج
الاب ولده الصغير المعسر فانه ان ملكه الولد والا لكنه يجب في ذمته ولم
يستقر في ماله المستقر وكما اذا زوج العبد مولاه ثم اعتقه على القول بان المهر في
ذمة المولى ولا ينتقل الى ذمة العبد بعد العتق وكما لو كانت الزوجة هي المدلسة
على قول بعض الاصحاب يرجع بكل المهر فمجرد الدخول اعم من ثبوت المهر في ذمة
الزوج ولا دلالة للعام على الخاص وفيه نظر لان الدخول مقتض لاستقرار
مهر مطلقا عندنا ومع عدم عيبها وعدم تدليسها عندنا حين ثبوته
المهر في ذمته عمره على خلاف الاصل فلا يحكم به ما لم يعلم سببه والا لكان
خلاف الاصل اعلام من غير اعتضاده بدليل وهو باطل قطعا ولاجل
ذلك عدل المصنف عن كلام الاصحاب وفصل فقال ان انكر التسمية
او الاستحقاق فان كان الاول صدق مع اليمين لانه منكر ولان العقد و
الدخول لا يستلزمان التسمية لامكان خلوهما عنها فاذا حلف ثبت عليه

بالطلاق المتعة لقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين
واللام للملك ووصفه بانه حق تصريح بالاستحقاق ولقوله تعالى لا جناح عليكم ان
طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر
قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين ولا ينافيه تعليقه على المحسنين وتعليق الحكم
على وصف لولا عليته لخلا عن الفائدة دليل العلية ولا شيء من الواجب كذلك ولانه
لو وجب لعم المحسن وغيره لان ذكر بعض افراد العام لا يقتضي التخصيص ومنع انحصار
الفائدة في التعليل ولعل الحسن يحتمل الوجهين وما لا دخول مهر المثل لان
تسميته حكم يبقى للتسمية وحكمه ذلك واختار المصنف وغيره لعينا وهو ان دعواها
ان قصرت عنها اي عن المتعة قبل الدخول وعن مهر المثل بعده ثبت دعواها فان
المصنف في التذكرة المراد بدعواها الكلية المماثلة جنسا وثبوت دعواها لاحد الامرين
وهو اما الطلاق او الدخول فاي التقديرين ثبت ثبت الدعوى المماثلة جنسا لما عدم ح
اوجبه التقدير اما لم يقع احدهما فالحكم شوهما لجواز الموت قبل الدخول فليست شيء وان
يحتاج الى اليمين لانه اما ان يحلف او ينكل او يرد واذا رد فاما ان يحلف او ينكل وعلى
كل تقدير يثبت دعواها لان اليمين او النكول من اي جهة كان يحكم يبقى التسمية او
اثباتها وعلى كل من التقديرين يثبت دعواها وقيل احدهما لها اليمين لجواز
نكوله او رده فتحلف بثبت متعاها بنفس العقد هذا تقرير المصنف من لفظه
وان كان الثاني وهو ان ينكر استحقاقها المهر عقيب دعواها للاستحقاق
او دعواها للتسمية فان اعترفت بالنكاح فالمصنف اي بالوطي مع اعترافها با
لعقد فالاقرب عدم سماعه لان الوطي او العقد موجب له لقوله تعالى ان تبتغوا
باموالكم على الحكم على الابتغاء بالمال الا ان ينتفي معنى الشرط فلا يخلو
ولانه لولاه لكان تبرعا والمحة ويصح الجزء الاخرى فيه البذل كالاباحة
ولان النكاح بلا مهر من خصائص النبي صلى الله عليه وآله وسلم وانفكاك
الوطي بعقد عن استحقاقه محال والاصل وجوب المهر على الزوج الواطي
لاستحالة ان يملكه عوضا بعقد وعوضه على غيره ابتداء وانما خرج عن هذا
العبد لصفة العبودية اذا زوجه مولاه وعلقنا المهر على مولاه والولد
الصغير المعسر اذا زوجه ابوه ولم يشترط المهر في ذمة الولد ولانه عنده وهما
على خلاف الاصل ونادران مع ان الحق فيهما ان للابن عليه ما جعله ابوه
مهرا

مهرا او لا وعليه اجماع محققي الاصحاب اذا عرفت ذلك فنقول العقد والوطي
به سبب موجب للمهر والاصل ان تكون على الزوج او في ماله فعلى ما اخترناه من
تقدير ثبوت ملك للابن والعبد القضية كلية لا مانع لها ولا تخلفه الا احتمال
تجدد كالضمان او الاداء وعلى المذهب الضعيف يكون ذلك الوطي سببا موجبا
للحرجة عن الحاية الا العبودية وصغر الزوج واعتياضه ويكون اثبته العقد عنه
مع اشتراطه على الولد وهما سببان نادران على خلاف الاصل وكل سبب عدم ح
شاهد ذلك فبمجرد وجوده يحكم بانه الا ان يثبت دليل المانع ويكتفي في الاستدلال
على عدم المانع باصالة عدمه واذا اقر بالسبب المذكور حكم عليه بثبوته كما اذا حكم بثبوته ح
حكم بثبوت اثره اذا لم يظهر دليل على المانع الموجب لتخلف الحكم والا لكان خلاف
الاصل اصلا وهو محال فاذا كان اقراره باطلاقه يوجب الحكم بثبوت المهر عليه
فلا يسمع مجرد نفيه لانه انكار بعد اعتراف ولانه مع اثبات السبب اما ان ينفي الا
منضما او غير منضم فان كان الاول لم يسمع لان عدم الاقتضاء منحصر في وجود سبب
نفيه فلا يسمع قبله والثاني لم يدعه كما قال هذا اخي لا ارث من تركه الى وارث لا يسمع لو ح
النفي بل ان ادعى مانعا احتاج الى البينة وكان اليمين على منكره فكذا هنا قال المصنف خ بينة
المراد بقولنا عدم سماعه انه لا يسمع منه النفي بل ان ادعى سببا ذوله سمع وكان
عليه البينة فالقول قولها مع اليمين وهذا هو الحق عندي واحتمال السماع ضعيف
ووجهه ان الجامع وجوبه على الزوج وعدم وجوبه على الزوج في الصورتين المذكورتين وفي العادة
القديمة تقديم المهر على الدخول واذا جامع الايجاب وعدمه كان اعم منهما ولا دلالة
للعام على الخاص وضعفه ظاهر فانه لو لم يمكن الاستدلال بالعمومات والظواهر الشرعية
قال قدس الله روحه ولو اختلفا في قدره او وصفه او ادعى التسمية فانكرت قدم قوله
ولو قدره بارش مع اليمين وليس بعيدا من الصواب بتقديم من يدعي مهر المثل فان ادعى
النقصان وادعت الزيادة تحالفا ورد اليه ولو ادعيا الزيادة عليه المختلفة احتمل
تقديم قوله لانه اكثر من مهر المثل ومهر المثل ولو ادعيا النقصان احتمل تقديم قولها
ومهر المثل اقول هنا مسائل آ اختلف الزوجان في قدر المهر فالقول قول اداء ح
الزوج مع اليمين وهو المشهور بين الاصحاب لان الزوج مدعى عليه لان الصداق
ليس عوضا حقيقة بل هو نحلة واذا اختلفا في قدر النحلة فالقول قول المنكر
مع اليمين ويساوي المنكر وهو ما لا يترجح عليه في العادة وغير المنكر
وهو ما يترجح عليه في العادة فيلزم من هذا انه لو قدره بما دون مع عدم ترجحه بعادة

كان القول قوله مع اليمين وهو اختيار صاحب الشرائع وقال والذي اختاره المصنف رحمه الله
ليس ببعيد من الصواب تقديم قول من يدعي مهر المثل يعني انه اذا ادعى الزوج
اقل من مهر المثل وادعت هي مهر المثل كان القول قولها مع اليمين ولو ادعت
هي ازيد من مهر المثل وادعى هو مهر المثل فالقول قوله مع اليمين ووجهه ان من
يدعي مهر المثل كلامه هو الظاهر ومن يدعي عنه خلاف الظاهر لان الظاهر انها
لا ترضى باقل منه والظاهر انه لا يرضى بالزيادة عليه فمن وافق مدعاه الظاهر كان القول
قوله لما ياتي في باب الدعاوى ولان مهر المثل هو الواجب بالاصل لانه يحكم به في كل
وطي وعلى قول من قيد حرمة الموطوءة مع عدم تحريم الوطي وعدم التسمية اللازمة
واقول هذا مسلم مع الدخول واما قبله فللبحث سبيل الا بالتسمية ولا اعتبار
بغيرها فتقديم دعواه لا وجه لها الا اصالة عدم التعيين وهذا في المعاوضات
الحقيقية والنكاح ليس كذلك ثم فرع المصنف قدس الله سره على هذا الاحتمال
وهو تقديم قول من يدعي مهر المثل فروعا ثلثة احدها اذا ادعى الزوج الاقل
منه وادعت الزيادة عليه فكل منهما ادعى خلاف الظاهر وقد فرض المدعى فيحلف
كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر لانه اختلاف في صفة العقد فيتحالفان كالبيع وغيرها
واذا تحالفا انفسخ عقد المهر لانه لا يبطل ببطلانه النكاح وانما التحالف انفساخ
عقد فقد ... للصداق عقدا فيبطل اليمينان الذي ادعى كل واحد منهما منهما
وبطلان التسمية موجب لثبوت مهر المثل فقوله رحمه الله فان ادعى النقصان اي
اي عن مهر المثل وقوله وادعت الزيادة على مهر المثل وثانيها لو ادعيا الزيادة
على مهر المثل المختلفة كان تقول المهر مائة ويقول هو مائتان ومهر المثل خمسون
وذكر المصنف رحمه الله فيه وجهين احدهما تقديم قول الزوج لان القول قوله
في مهر المثل فنفي الزيادة عليه اولى وعليه اليمين على نفي الزيادة التي تدعيها وتثبت
الزيادة التي اقر بها هو للزوم اقرار العقلاء على انفسهم والنكاح المعين المراة
هنا الوجه الثاني ثبوت مهر المثل لان الاقرار اخبار عن حق سابق وليس الاقرار
سببا في ثبوت الحق بنفسه عندنا ولا ثبوت الحق من سبب واذا حكم الشارع
ببطلان التسميتين بسبب الاقرار بطل الاقرار وسبب ثبوت المسمى التسمية وقد
حكم الشارع ببطلان التسميتين لاحدهما وهي مدعاها بيمينه والاخرى باقرار
الزوجة بعدم سببها وهو كونها مسمى العقد والنكاح المزوجة في اثبات
مهر المثل اليمين انه ثابت على تقدير اي تسمية كانت من التسميتين وبطلانها
فهو

فهو ثابت على كل واحد من طرفي النقيض ولا يرد اتفاقهما على ثبوت زيادة مدعى
الزوج واتفاقهما على وجوب سببها وهو التسمية والاختلاف في تعيينها فالحكم
ببطلانها باطل لما ذكرنا من ان الشارع حكم ببطلان سبب الاقرار بحكمه ببطلان
كل واحد من التسميتين ومع بطلان السبب يبطل المسبب وثالثها اذا ادعيا
النقصان عن مهر المثل كان ادعت مائة فادعى خمسين ومهر المثل مائتان احتمل
تقديم قولها وهو الاقوى لانها لو ادعت مهر المثل كان القول قولها فالانقص
اولى واحتمل مهر المثل لانهما اختلفا في العوض المعقود عليه فيتحالفان ويرجع
الى مهر المثل كالبيع واما لم يذكر التحالف هنا للاكتفاء بيمين الزوج في نفي مدعاها
بالزيادة وعلل بعض الفقهاء بانه عقد لا ينفسخ بالتحالف ولا شرع فيه ولانه الاقوى
عندي ان القول قول الزوج في كل هذه الصور ب اذا اختلفا في وصف المهر كالصحيح
والمكسر والجيد والردي والحلول والتأجيل وقدر الأجل فالقول قول الزوج
مع اليمين ويحتمل ان يتحالفا لانه اختلاف في وصف عقد المهر وصورة في بطلان
التسمية لا في النكاح والحق الاول ج ان يدعي التسمية وتنكر المراة فالقول
قول الزوج قال قدس الله سره ولو قال هنا ابني منها فالاقرب ثبوت مهر المثل مع انكار
النكاح اي التسمية واصل المهر اذا تمكنت اقول وجه القرب انه اقرار بوطي يلحق النسب
به لغير ملك يمين وكل وطي بغير ملك يمين يلحق النسب به موجب للمهر فيلزم انه اقر
بوطي لغير ملك اليمين موجب للمهر والكبرى بينة واما الصغرى فلان تكون الولد من
منيه في رحم المراة من غير وطي محال عادة او بعيد نادر جدا فان استدخال المني
بغير مساحقة او مساحقة تولده عادة محال او نادر جدا بل هو لا لحاله عادة
اقربه والاقرار بالمسبب يستلزم الاقرار بالسبب والولادة لم يلحقها الا الشارع
اذا عرفت ذلك فنقول هذا الاقرار موجب لمهر المثل في صور اربع ا انكار
النكاح اي العقد ب انكار التسمية ج انكار اصل المهر د ان يقتصر على بلغ
هذا الكلام ويسكت وانما اوجبنا مهر المثل لان منافع البضع المستوفاة مع عدم التسمية
تضمن فهو الواجب في الاصل ولان التقدير بقدر معين سببه التسمية في العقد
الصحيح والوطي اعم منه والعام لا يستلزم الخاص فالاقرار بالوطي لا يستلزم
الاقرار بالعقد ولا بالتسمية ودعواها لا تقبل في حقه لو ادعت التسمية ولها
عليه اليمين ويحتمل ثبوت اقل ما يمكن ان يكون مهرا لانه المتيقن والزائد عليه على
خلاف الاصل لا نقول يحتمل ان يكون الوطي بعقد صدر منه حال صغر الواطي

وتبعيته وان يكون قد وقع منه على سبيل اقل من مهر المثل ولا يلزم من امكان الاقل
سكوته ثبوت الاكثر لامكان كذبه في انكاره التسمية والحجز الزام
الكاذب بزيادة دعوى كل الناكث واشلم تصلت منه الا الاعتراف على لزوم الوطي
والوطي يمكن وقوعه عن عقد على اقل مما يمكن ان يكون حجرًا الحجة مثلا الا انا نقول
الجواب عن آ الاقرار بالفعل يوجب ثبوت حكمه على فاعله لان الجاب حكمه على عنه
مع امكان ثبوته على خلاف الاصل نادر مخالف الاصل للحكم به الا
بدليل يقيني او حكم الشارع بصلاحية النقل عن الاصل ولا يتوقف في الحكم
بنية والالزم مما فاته خلاف الاصل الاصل ولانا بينا ان ما ذكروه سبب
نادر على خلاف الاصل وعن ب ان كل مبتدأ وثابت في حقيقته حكم ما اقربه من نفي او ... تتبع
اثبات ولا تعارض لك امكان كذبه احتمالا وبقوله على الكل اقرار العقلاء على انفسهم
جائز وهذا الحكم اجماعي وحكم نفي التسمية ونفي العقد مع اثبات الوطي وثبوت مهر المثل
فقد وجد المقتضي للحكم بوجوب مهر المثل وانتفى المعارض اذا امكان الكذب
لو فتح لم يلزم اقرار فقط قوله والحجز الزام الكاذب بزيادة قلنا اذا علم كذبه
لم يلزمه شيء في نفس الامر والحق اخبره مع عدم علم الكذب بسبب تام في الحكم يلزم مقتضاه
فامكان الكذب كما قرر ناعدم موجب للتشكيك فكيف الحكم وعن ج ان امكان صدور الوطي
عن عقد على اقل مما يمكن المجتهد لكن لا يقدح هذا الامكان في الحكم بوجوب
مهر المثل في المسألة المذكورة لان كل مهر عن مهر المثل اما واجب التسمية في عقد شرعي و
احترزنا بقولنا كل مهر عن المتعة والعشر او نصفه في وطي الامة لكن العقد على
خلاف الاصل لانه حادث والاصل عدمه فلا الحكم به الا بدليل ويكفي في نفيه الاصل
فالوطي مع عدم العلم بعقد يوجب مقتضيا يقتضي الحكم بوجوب مهر المثل ولانه كلما
عارض دليلا واقف حكمه ساواه ان الحكم بواحد منهما فان حكم بالعارض ترجح
عليه فلو عارض امكان ثبوت العقد من غير دليل دال على اصالة عدمه لزم احد
الامرين اما كون خلاف الاصل مساويا للاصل او ارجح وهما محالان ولا
يرد تعارض الاصل اصل البراءة لانه قد ينتقل خلافه فان الوطي اقتضى ثبوت مال في
الذمة وزيادة مهر المثل على اقل مما يمكن العقد عليه وجب بالاصل اذ كلما ايلف
شيئا على غيره ضمنه بقيمته وانما سقط عنها بسبب حادث والاصل عدمه قيل هذه
الاسئلة لا تصدر عمن له تحصيل قال قدس الله سره ولو خلا فاقعا المواقعة
قبلا فاقام البينة بالبكارة بطلت الدعوى وان لا حلف للبراءة الاصلية وقيل
خلف

يحلف هي ان شاهدها الفحص المواقعة مع الخلوة بالحليلة اقول ذكر المصنف
مستند الوجهين في قوله ايضا وحجة الاول انه انكر حدوث الحادث والاصل
بقاء عدمه المستند الى المعدم عليه وهو متحقق اذ لا والاصل بقاؤه ايضا وحجة الثاني
وجود العادة والدليل اثبتها انفا الصادر اذ الاصل عدمه وانما رجح المصنف
الاول لان سبب الحكم الاول ذاتي وسبب الثاني اكثري والسبب الذاتي اقوى واولى
بالحكم باثر من الاكثرية ولان الحكم يتفاوت بعلم تحققه اقوى من الحكم بتجدد متجدد
لم نعلم يقينا وجود سببه التام ولم ندرك حسا اذ ان كان سببه الاكثري مخلوما
فكيف اذا لم نعلم يقينا ايضا وجود المقدور لا بد فيه من ترجيح القادر وهو
غير معلوم اذ قد يبقى او كالبينة الى الاول قوله وقيل تحلف هي هنا قول ان
حمزة وقد سبق الخلاف وتحقيق هذه المسألة قال قدس الله سره ولو اقامت بينة
بعقدين فادعى التكرار فالاقرب تقدم قولها يجب مهران وقيل نصف اقول
اذا ادعت المرأة مثلا في عقدين وتعليقه وقعين متغايرين كل منهما وامت
البينة بهما ثبت العقدان ولزم المهران ولم يحتج الى التصريح بتخلل الفرقة للحكم بها
بالعقد الثاني لانه موقوف عليها وثبوت المشروط يستلزم ثبوت الشرط ولاستحالة اجتماع
وجود المشروط وعدم الشرط صدقا والاول ثابت باقراره فليقض الثاني فان ادعى
الزوج التكرار قدم قولها حملا للفظ العقد على حقيقته وهو السبب المبيح للنكاح
لا على صورته لانه مجاز من باب الاستعارة وكذا لو اقر بعقد بيع عبد او ابتاعه
عبدا فانه يكون اقرارا عليه فلا تسمع منه دعوى صورته العارية عن المعنى
لانه مجاز من المتعارف ولا تعرض للوطي لان المسمى يجب بالعقد عندنا والاصل بقاؤه
الى ان يدعي الخصم مسقطا وهذا اختيار المصنف وابي القسم بن سعيد وقال الحلبي
قدس الله سره يلزم مهر ونصف تاما عند من يوجب بمجرد العقد النصف فظاهر واما
عند الاخرين فلاستلزام العقد الثاني تقدم الفرقة عليه عن العقد الاول
والاصل عدم الدخول والاصل كونها منه لانه هو المالك لها وصدورها منها نادر
على خلاف الاصل واختاره الشيخ في المبسوط الاول وحكي الثاني ثم قال رحمه
الله وهذا اقوى فرع لو ادعى انه لم يصبها في النكاح الاول لصدق فيه لان
الاصل عدم الاصابة ولا تطالب من المهر الاول الا بالنصف ولو ادعى الطلاق
في الثاني قبل الاصابة صدق ودفع منه نصف المهر الثاني قال قدس الله سره ولو
قال اصدقتك العبد فقالت بل الجارية فالاقرب التحالف وثبوت مهر المثل ان لم يحمل

الوطي في العقد الاول ... عدم ... المعدوم العقد الثاني

قدم قوله مع اليمين اقول وجه الاول انه اختلاف في صفة العقد الموجب
للخيار فلانهما اختلفا في العوض المستحق في العقد فكان كالبيع فكل واحد منهما
ينكر ما ادعاه الاخر ووجه الثاني انه ينكر ما ادعته فالقول قوله مع اليمين
واما المرأة فلا يمين عليها لانها انكرت استحقاق ما اقر لها به والاصل في ذلك
انه ليس بعوض حقيقي بل هو واجب بحكم الشرع والاقوى عندي الثاني قال قدس الله سره
ولو كان ابواها في ملكه فقال اصدقتك اباك فقالت بل امي فعلى الاول يتحالفان
ويرجع الى مهر المثل ويعتق الاب باقراره وميراثه موقوف اذ لا يدعيه احدهما وعلى
الثاني يعتق عليها ولا شي لها وميراثها لها اقول هذا فرع المسألة المتقدمة وهي
قول الزوج ان الصداق العبد وقالت المرأة بل الجارية وتفريعه لو كان كل واحد من
ادعياه ينعتق عليها لو ثبت ومثاله كما ذكره هنا فالحكم في التحالف والرجوع الى
مهر المثل وتقديم قول الزوج مع اليمين والحكم لها بالاب كما تقدم من غير تفاوت لكن
يتفرع الكلام هنا في موضعين آ العتق فذكر المصنف انه ينعتق من يدعي الزوج
اصداقه كالاب هنا على الاحتمالين معا اي احتمال التحالف واحتمال قول الزوج ق
اما انه خاصة اما على تقدير التحالف فلانه اقر بانه اصدقها الاب وهو يتضمن الاعتراف
بانتقاله عليها لانه اقر بالعلة الموجبة اذ ملك المولى الحر اما علة موجبة العتق لذاته
فيكون متضمنا للاقرار بالمعلول واقرار العقلاء على انفسهم جائز وعلى غيرهم لا لانه لم
يحكم عليها بالعتق بل عليه وهذا كما لو قال بعتك اباك فانكر الابن وحلف فانه
يحكم بعتق الاب باقراره وحيث عتق باقراره خاصة لم تورث المرأة عليه شيئا فلم
تغرم واما على تقدير تقديم قول الزوج فلاقراره وتعيينه بحكم الحاكم على كونها
اباه والحكم بعتق الاب اتفق على التحالف بل بمجرد دعواه يحكم بعتقه فان حلف الزوج
استمر رق الام وان نكل وحلفت المرأة انعتقت الام ايضا بيمينها لثبوت ملك الام
لها بيمينها ب الكلام في تركة الاب وتركة الام لو انعتقت كما ذكرنا فهنا
مسئلتان آ تركة العبد فرق المصنف بين الاحتمالين فذكر انه على
احتمال التحالف يكون ميراثه موقوفا لان كلا منهما ينفيه عن نفسه لنفي ملكه
اما الزوجة فزعمها انه لم يعتق بل هو عبد رق للزوج واما الزوج فيدعي انتقاله الى
ابنته وانعتاقه عليها وان ارثه لها ليس له فيه شي وهذا ظاهر واما على احتمال تقديم
قول الزوج فللزوجة بعد يمينه المثبتة للامهر انا اجيز انه قد حكم الشارع انه لها
وابطل قولها وكان وجود دعواها كعدمها والامر لها التصرف فيه لو لم يكن اباها
ولم

ولم يكن كسبه لها ولخلا التكلح عن مهر او حكم الشارع بالمتضادين في واقعة
واحدة مع اتحاد الموضوع والزمان وقال بعض قدماء الفقهاء يكون موقوفا ايضا
لان علة الفائدة في الصورتين للاولى انكارها اياه وهي موجودة هنا فتوقف
ميراثه وفيه نظر لانه انما توقف في الصورة الاولى لو لم يكن باطلا التحالف موقوف ٣
وعينه على تقدير تقدم قوله او نكولها كسبه لها فافترقت الصورتان فرع المهذب
الموقف من ميراثه ما ادعى فيه ما ادعته حيث اولها اخذ قدر دقة الجارية للاتفاق
على استحقاقها اياه والاختلاف في السبب ب الميراث من الام لو انعتقت للزوجة
قطعا لانها انما تعتق بيمينها المثبتة ونكوله او تصديق الزوج ولو بعد يمينه وهذه من المسائل
المتشعبة وفروعها كثيرة لعرضنا عنها لئلا تطول بذكرها الفصل الثالث
في القسم والشقاق وفيه فصول الاول في مستحق القسم قال قدس الله سره والقسمة
حق للازواج حق على الزوج الى قوله وقيل لا تجب القسمة الا اذا ابتدأ بها اقول
المشهور وجوب القسمة بين الازواج اذا كان له زوجتان فصاعدا مطلقا قال الباقر عليه السلام قسم
الحرة المسلمة من ماله ونفسه وللامة الثلث من ماله ونفسه وقال الشيخ في المبسوط ٢
لا تجب الا اذا ابتدأ بها والا فلا والاقوى الاول لقوله تعالى وعاشروهن بالمعروف المأمور به هنا
المعاشرة وكونها بالمعروف وليس هذا الامر للندب بل هو للتكرار اتفاقا وليس في كل
الاوقات اجماعا فبقي ان يكون بحسب ما تقتضيه القسمة اذ لا قائل بثالث ولانه عليه السلام
قسم بين نسائه بالعدل بينهن والتأسي واجب لما تقرر في الاصول الفصل الثاني في
مكانه وزمانه قال قدس الله سره ويقسم له ان يساكن واحدة ويستدعي الباقيات
الى بيته نظر لما فيه من التخصيص اقول قوله لما فيه من التخصيص اشارة الى دليل
حذفه كما هو الاقرب انه تخصيص بغير عذر والتخصيص بغير عذر خروج عن العدل مستلزم انه
خروج عن العدل لكن الاقوى انه واجب من الكتاب ويحتمل الجواز لان له ان يجعل
مسكنا له منفردا عن كل واحدة ثم يدعو كل واحدة في ليلتها فكذا الملازم ان
يسكن عند احديهن مع عدم اخلاله بزمان القسم وهو الليل قال قدس
الله سره ولما الزمان فعماد القسم الليل واما النهار فللمعاشرة وقيل يكون عندها
ليلا ويظل عندها لمكثه ويظل عندها صبيحتها وهو مروي اقول الاول
هو المشهور لان المقسوم انما هو زمان للاستقرار وهو الليل لقوله تعالى
وهو الذي جعل لكم الليل لتسكنوا فيه وقال عز وجل وجعلنا الليل لباسا والباقي

قول ابن الجنيد لما رواه ابراهيم الكرخي قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل له
اربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في لياليهن ويمسهن فاذا نام عند الرابعة
في ليلتها لم يمسها فهل عليه في هذا اثم فقال انما عليه ان تكون عندها في ليلتها ويظل
عندها صبيحتها وليس عليه ان يجامعها اذا لم يرد ذلك والى هذه الرواية
اشار المصنف بقوله وهو مروي واعلم انه لما كان للانسان يحتاج الى زمان
استقرار وزمان آخر للانتشار والسعي في معاشه وكان الغرض الاقصى في
القسم السكون والاستقرار عندها لانه موطنه للاستمتاع كان القسم زمان
الاستقرار فهي للاغلب هو الليل للآية وكان هو المقسوم والنهار للانتشار و
المعاش ولا يدخل في القسم وفي بعض الناس معاشهم وانتشارهم في الليل واستقرارهم
في النهار كالاتوني والحارس فينعكس الحكم فيجعل القسم في النهار للعتيد والجمع بينهما (فيه ...)
لما فيه من التعطيل والاخلال بنظام النوع **قال** قدس الله سره وللحرة ليلتان وفي
ليلتها عليه صبيحتها لا لحيلة اي في مرضها فان استوعبت الليلة قيل يقضي لعدم ايصالها
حقها وقيل لا كما لو نشزت **اقول** الذي قواه الشيخ في المبسوط والاول هو الاقوى
عندي **قال** قدس الله سره وهل يسقط بالقرعة او لا يحتاج ... على الوجوب وعدمه
اقول ان قلنا بعدم القسمة ابتداء وجبت القرعة لمن يبدئ على الوجوب بها للتساوي وعدم (اذا ...)
جواز الترجيح بلا مرجح وان قلنا ... انه ... لانه ما لم يبت عند واحدة لم تلزمه
لغيرها شيء هذا لفظ المصنف وعلى ان الشيخ في المبسوط لم يوجب القسمة ابتداء واوجب القرعة (عدم ...)
لمن يبدأ بها اذا اراد القسمة وحكى وجوب القرعة عن قوم **الفصل الثالث** في التفاوت
واسبابه ثلاثة **الاول** الحرية **قال** قدس الله سره وهل ينزل المعتق بعضها منزلة
الحرة او الامة او يقسط اشكال **اقول** العدل بين الزوجات واجب لقوله تعالى
فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم دل على ان عليه العدل للزوجات وانه
عبارة عن التسوية لان الواحدة لها عليه العدل بمعنى ايفاء الحقوق فلا يصح قسمه
بينهن وانه ليس عليه العدل في ملك اليمين والدليل قياس منقسم من طرفي النقيض (قوله ... يرجع الى الاماء)
ومن محتملات العدل واسبابه القسم ولا تفضل امرأة على اخرى في القسم الا باحد
امور منها الرق في الزوجة والكفر بحسب النكاح وبحثنا هنا في **آ** وهو مبني
على جواز الجمع من الحرة والامة في النكاح الدائم وقد ذكر في موضعه اذا
عرفت ذلك فنقول للحرة في القسم ضعف ما للامة لما رواه محمد بن مسلم في
الصحيح

الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن الرجل يتزوج مملوكة على الحرة قال لا
فاذا كانت تحته امة فتزوج عليها حرة قسم للحرة مثلي ما يقسم للمملوكة ولما كان اقل قدر
قسمة ليلة لان تبعيضها ينغص العيش كان اقل ما للامة ليلة وللحرة ليلتان
وهذا ما اتفق عليه الفاضل من علماء الاسلام اذا تقرر ذلك فنقول اذا
كان بعض الزوجة حرا وبعضها مملوكا ذكر المصنف فيه احتمالات ثلاثة **آ**
انها تنزل منزلة الحرة لان الآية دلت على وجوب المساواة بين الزوجات وانما
خصص بالنسبة المملوكة كلها اما عندنا فبالرواية المذكورة واما عند
الشافعية ومن تابعهم في هذه المسألة فلما رووه من قول النبي عليه السلام وللحرة الثلثان
وللامة الثلث الحديث فيبقى التفاوت ملك الكل والحصل فيبقى على اصل التساوي
لعموم الآية **ب** انها بمنزلة الامة لان سبب فضل الحرة حرية الكل والحصل وقد كان قبل
العتق انما يستحق الثلث والحصل سبب التساوي **ج** التقسيط جمعا بين الادلة
ولانها تمنع من المساواة بتمام الملك وتحرى كل المفضل بتمام الحرية فيوزع كل واحد من الوصفين
بعد بعوده واعتقد **الفصل الرابع** في الظلم والقضاء **قال** قدس الله سره ولو وهبت
ليلتها من ضرتها فللزوج الامتناع فان قبل فليس للموهوبة الامتناع وللغير ... وليس
له المبيت عند غير الموهوبة الا الواهبة ثم ان كانت ليلتها متصلة بليلة الواهبة بات عندها
ليلتين والا فالاقوى جواز الاتصال نظرا الى العدم لما فيه من تأخير الحق **اقول** ومن اصالة الجواز
ولان اللازم القدر اما الترتيب فلا نسلم لزومه **الفصل الخامس** في السفر **قال**
قدس الله سره وان اراد اخراج بعضهن استحب القرعة فان خرجت لواحدة فهل له استصحاب
غيرها قيل لا وكذا ان بات في ... **اقول** القائل بالمنع هو الشيخ في المبسوط والا لانتفت
فائدة القرعة وقيل يجوز لانها ليست من الملزمات لان الاستصحاب تبرع والزمان
لا يحسب به الزوجات القسم والفرق بين تركها مع المخلفات فانه جائز اجماعا واستصحاب
غيرها ان القرعة لا توجب بل تعين من يستحق التقديم **قال** قدس الله سره ولو
استصحب واحدة من غير قرعة قضى للغير اشكال **اقول** لا قضاء مع القرعة
لان النبي عليه السلام كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه فايتهن خرج اسمها خرج بها ولم يقض
واما مع عدم القرعة فيحتمل عدم القضاء لان السفر الحق للبلاد فيه جواز
الانفراد ويحتمل القضاء لانه ظلم بالتفضيل والاثم منه مع وجوب العدل بينهن للآية
ومنشأ الاحتمالين رجح الاول قوله تعالى لا تميلوا كل الميل ... فانت

بصحبته لكن يحصل لها من المشقة بالسفر بإزاء ذلك ويحصل لها الدعة معه كالحصل
بالحضر فلو بقي لمن كان خطرها أدوم وهو خلاف العدل أو قيل لكل الميل وكلاهما منهي عنه
قال قدس الله سره ولو سافر بالقرعة ثم نوى المقام في بعض المواضع قضى للباقيات ما
أقامه دون أيام الرجوع على إشكال أقول منشأه من حيث إنه في حكم السفر الواحد
لأن الخروج يعقبه الرجوع ولأن السفر الذي لا يقضي سفر الغيبة وقد أودع له ومن
حيث إن السفر قد انقطع بالإقامة فيكون الرجوع سفرا مبتدأ ولم يقرع له
وفي قضائه الوجهان قال قدس الله سره ولو عزم على الإقامة أياما ثم أنشأ
سفرا آخر لم يكن عزم عليه أولا لزمه قضاء أيام الإقامة دون أيام السفر ولو كان قد
عزم عليه لم يقض أيام السفر على إشكال أقول منشأه أنه كالسفر الواحد ومن انقطاع
الأول بالإقامة فهو سفر مبتدأ من غير قرعة وفيه الوجهان

الفصل السادس

في الشقاق قال قدس الله سره هو قد يكون بنشوز المرأة فإذا ظهرت أمارته للزوج الحي وعظها
فإن رجعت وإلا هجرها في المضجع بأن يحول ظهره إليها في الفراش وقيل أن يعتزل فراشها
أقول قال الله تعالى واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن
والكلام هنا في الهجران وهو معلوم بالنص والإجماع والمعتمد هو الهجران في المضجع واختلف
في كيفيته فقال أصحابنا بأن يحول ظهره إليها في المضجع لتحقق الهجران به لأن الأمر المطلق عما
تقبل الشدة والضعف الحمل على أول مراتبه وهو ما ذكره وقال الشيخ في المبسوط
وابن إدريس يعتزل فراشها والتحقيق عندي الرجوع إلى العرف قال قدس الله سره و
تسقط النفقة بالنشوز فإن منعت غير الجماع من الاستمتاع احتمل سقوط بعض النفقة أقول
يحتمل سقوط كل النفقة لأن شرط وجوبها التمكين التام ولم يحصل ومن حيث إن مجموع النفقة
في مقابلة مجموع الاستمتاع فيقابل البعض البعض قيل والأصل الوطء فمنعه الكل بشيء
وحصوله ومنع البعض لا يقتضي سقوط النفقة لأن غيره تابع والأقوى عندي الأول

الفصل الرابع

في الولادة وإلحاق الأولاد وكلام في الحضانة وفيه فصول الأول في
الولادة قال قدس الله سره ويستحب أن يعق عن الذكر بذكر وعن الأنثى بأنثى وقيل العقيقة واجبة
أقول الأول هو المشهور والثاني اختيار المرتضى وابن الجنيد لنا أصالة البراءة احتج المرتضى بما
رواه علي بن جعفر عن العبد الصالح عليه السلام العقيقة واجبة الحديث

الفصل الثاني

في إلحاق الأولاد ومطالبه ثلاثة الأول في أولاد الزوجات قال قدس الله سره
وعدم تجاوز أقصى مدة الحمل وهو عشرة أشهر وقيل تسعة وقيل سنة أقول الأول قول بعض
الأصحاب

بلغ

الأصحاب والثاني قول الشيخ وابن الجنيد والمرتضى في جواب المسائل الموصليات وابن البراج
والثالث قول المرتضى في الانتصار وابن حمزة وأبي الصلاح ويشتمل الكل مفهوم الروايات
قال قدس الله سره وإن تزوجت بعد العدة فأتت به لستة أشهر من وطء الثاني
فهو له وإن كان لعشر من وطء الأول يحتمل القرعة أقول قوله وإن كان
لعشر من وطء الأول يبنيه على القول بأن أقصى مدة الحمل سنة ويعرف المثال أنه
إذا طلق المدخول بها فاعتدت وتزوجت ودخل الثاني ثم أتت بولد لستة أشهر من وطء
الثاني ولا يعلم أقصى مدة الحمل من وطء الأول فهنا يمكن أن يكون من الأول ويمكن أن يكون من
الثاني عندنا والواقع في نفس الأمر أحدهما فإنما يرجح المجتهد يحتمل ترجيح الثاني لأن
فراشه ثابت حقيقة الآن وقال عليه السلام الولد للفراش ويحتمل القرعة لاحتمال
كل واحد منهما والاعتداد بالفراش حال الوطء وهي فراش لكل واحد منهما حال وطئه
والزمان صالح لكل منهما لأنه أول مدة الحمل للثاني ولم يتجاوز أقصى مدة الحمل للأول
والزمان مشترك بينهما فلا ترجيح إلا بالقرعة وهذا الاحتمال الأخير مذهب الشيخ
في المبسوط وهو الأقوى عندي وبه أفتي قال قدس الله سره وأما المؤجل فإن اجتمعت الشرائط
الثلاثة لحقه ولا ينتفي عنه لكن لو نفاه انتفى من غير لعان على رأي أقول الشرائط
الثلاثة كونها فراشا له أي موطوءة بعقد شرعي وعدم قصور الزمان المتخلل بين الوطء
والوضع عن ستة أشهر وعدم زيادته عن أقصى الحمل إذا عرفت ذلك فنقول قال أكثر
من الأصحاب ينتفي بغير لعان لأنه أطلق لفظ الزوجة على الدائم شرعا ولهذا حمل عليه
عند الإطلاق في آية الإرث وكذا في اللعان وقال المرتضى وأبو
الصلاح وابن إدريس إنه إنما ينتفي باللعان لأنها زوجة حقيقة وإلا لحرمت لقوله
تعالى فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون

المطلب الثاني

في ولد المملوكة
قال قدس الله سره ولو وطئها المولى وآخر فجورا لحق الولد بالمولى فإن حملت
أمارة أنه ليس منه لم يجز له إلحاقه به ولا نفيه عنه وينبغي أن يوصي له بشيء ولا يورثه
ميراث الأولاد وفيه إشكال أقول منشأه من الرواية ومن عمل الأكثر
للأصحاب وقوله عليه السلام الولد للفراش ولأنه لا اعتبار بأمارة النفي مع
العلم بوجوب الإثبات واعلم أن السبب المقتضي للحاقه به إما أن يكون
موجودا أو لا والأول يوجب عليه وجوب استلحاقه ويحرم نفيه وإن لم
يوجد لم يجز إلحاقه ولا أمارة لا تعارضه ومن حيث الرواية فمن ثم استشكل
المصنف ولأنه إن لم يلحق به لم يعتق إلا من الوصية ولم يذكروا ذلك

قال قدس الله سره: وكذا في تملكه او تملك الوارث له. اقول: الاشكال
هنا في موضعين (أ) في تملكه نفسه ولا اشكال انه لو لم يكن حرًّا لم تصح الوصية
له لان الوصية لمملوك الغير باطلة لولا الحرية وصحة الوصية من المالك لمملوكه
بل نقول لو كان مملوكًا لانعتق لاستحالة تملك الاب الابن فلو لم يجز
نفيه للرواية فلو كان مملوكًا لزم ان يكون قد حكم في الواحد بحكمين متنافيين
وهو باطل قطعًا والذي يلزم بعد الاقربين اما عتقه من الوصية او كونه حرًّا
لانه اما ان يكون مملوكا او لا والثاني هو الثاني والاول يستلزم الاول
لكنه منتف لانهم لم يذكروا في الرواية ذلك فيلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة
ومن حيث انه نماء مملوكته ولم يلحق به شرعًا فيكون مملوكًا له (ب) في تملك
الوارث له وتقويمه على تقدير تملك الوارث له تردد به على تقدير كونه مملوكًا فينعتق
من الوصية ان صحت بان لا يكون مديونًا ولو كان مديونًا يستغرق دينه
ماله لم تصح الوصية او كان غير مديون فيصح له ثلث ذمته واعلم ان الاشكال
في هاتين الصورتين متساويين للحكم بحريته اولًا. الفصل الثالث في الرضاع
قال قدس الله سره: ولو تبرع غير الاجنبية بارضاعه فان رضيت الام بالتبرع فهي
احق والا فلا وفي سقوط الحضانة اشكال. اقول: منشأه من انها حق لها
لا تعلق له بالارضاع ومن لزوم الحرج ولما رواه داود بن الحصين عن الصادق
عليه السلام انه قال في حديث طويل فان وجد الاب من يرضعه باربعة دراهم
وقالت الام لا ارضعه الا بخمسة دراهم فان له ان ينزعه منها والاقوى
عندي ان الحضانة للام. الفصل الرابع في الحضانة قال قدس الله سره: مدة
الرضاع وهي حولان كاملان ان كان ذكرًا او انثى الا ان تعقد ذلك احق بالذكر دون
الانثى او خنثى على الاقرب فالام احق بها. اقول: وجه القرب وجود العلة
في الانثى فيها فانها لما كانت مستورة دائمًا والاب محتاج الى التبرج اكثر
الوقت بسبب تسليمها الى الام ومن عدم تحقق الانوثة والحق الاول لان حق الام
ثبت والاصل بقاؤه وحق للاب متجدد لا لحكم به الا مع وجود سببه
ولان الاصل بقاء وجود الباقي وبقاء عدم الحادث فاذا لم يعلم سبب
حدوثه نحكم ببقاء عدمه ولان كلما علم وجود سببه فالحكم بوجوده
واجب وكلما لم نعلم وجود سببه وهو ممكن فقد علم تحقق سبب العدم
فيجب الحكم به الى ان نعلم وجود السبب ولانه نسبة الباقي نسبة الوجوب
لوجود

لوجود سببه وما لم يحصل الممكن لم يوجد ونسبة الحادث اذا لم نعلم وجود سببه
نسبة الامكان والحكم بثبوته بمجرد الامكان على ... مردود لان الزيادة
على الحولين سببها الانوثة قطعًا ولم تعلم وكل غير محسوس وهو ذو سبب
فانفكاك العلم بوجوده دون وجود سببه محال وبعد الحولين مشترك
قال قدس الله سره: الى سبع سنين من حين الولادة وقيل الى تسع وقيل ما لم تتزوج
ثم تصير للاب اولى. اقول: قوله الى هذا غاية لقوله فالام احق بها اي بالبنت
والضمير في قوله ما لم تتزوج راجع الى الام اي ما لم تتزوج الام فاذا تزوجت
الام صار الاب احق بها والاقوال هنا ثلاثة (أ) قول الشيخ وهو اختياره في
النهاية وابن البراج في الكامل (ب) قول المفيد وهو اختيار المفيد وسلار (ج)
الام احق بالولد مطلقا ما لم تتزوج فهو يساوي الذكر والانثى وهو اختيار ابن بابويه
وقوله وقيل ما لم تتزوج ليس براجع الى الانثى بل الى الولد مطلقا وههنا اقوال اخر
لست بمشهورة والحاجة الى ذكرها اذ ذكرها المصنف في المختلف والحق الاول وهو
اختيار الشيخ في النهاية واختاره والدي هنا وفي المختلف والحق الاول وهو اختيار
لما رواه الصدوق عن ايوب بن نوح قال كتب اليه بعض اصحابه كانت لي امرأة ولي منها ولد
وخليت سبيلها فكتب عليه السلام المرأة احق بالولد الى ان يبلغ سبع سنين الا ان تشاء المرأة
الحديث وفي رواية داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام فاذا فطم فالاب احق به
من الام الحديث حمل الاول على الانثى والثاني على الذكر جمعًا بين الاخبار ولم يحمل العكس
للمناسبة وروايات اخر احتج الصدوق بقول الصادق عليه السلام حين سئل
عن رجل طلق امرأته وبينهما ولد ايهما احق به قال المرأة ما لم تتزوج الحديث وللشيخ في الخلاف
قول اخر وهو ان الام احق الى سبع سنين ثم ان كان مميزًا خير كان ذكرًا فالاب
احق به والا فالام ما لم تتزوج وهذا الحد للبلوغ واختار ابن الجنيد سبع
عليه ابن ادريس لجعله للاجماع والخلاف ومأخذ الاقوال. قال قدس الله سره
وتساوي العمة والخالة على اشكال. اقول: منشأه تساويهما في الدرجة وكلاهما
كانا في مرتبة واحدة من مراتب الارث ومن حيث ان العمة اكثر نصيبًا فتكون
اولى والاقرب الاول وقول الشيخ في المبسوط وجعل الاخت من الاب اولى
من الاخت للام. قال قدس الله سره: والاقرب عدم اشتراط عقلها. اقول
وجه القرب ان الحضانة والمحبة المعلولة للشفقة على تمام الشفقة ولانها حق ليست لولاية

اي من الذكر والانثى فيها الحضانة للام

فاز صح

بلغ

مشتقة من الحنين وهو الشوق وتوقان النفس يقال منه حن يحن حنينًا وحنة

على عياله فلا يشترط فيها العدالة ومن حيث انها امانة فلا تناط بالفاسق ه

الفصل الخامس في النفقات **مقدمة** من لطف الله تعالى بعباده ايجاب نفقة
ذوي العجز عنها والحاجة اليها على الاغنياء لا لايجاب لتحصيل الثواب بالانفاق
للاغنياء ولذوي الحاجات بالابتلاء على حسب علمه تعالى وحكمته ولما اتفق الخلو بوجود
الكفاية بجعلها صدقات كالزكوات وغيرها من غير تعيين المستحق بالشخص لعمومها
ولغيره لا لحاجة معونة باسباب ويتعين من له عليه التعيش من جهة من نسب او
سبب والسبب زوجية وملك فهذا الفصل مقصور على هذه الانواع الثلاثة للاخيرة (بيان مع)
ولنبدأ بالنكاح لقوة ايجابه لوجوب قضاء الفائتة ووجوبها للمرأة الغنية والفقيرة واعلم
ان نفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى الرجال
قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من اموالهم اتفقوا على
ان قوله وبما انفقوا من اموالهم اتفقوا على ان قوله وبما انفقوا على سبيل الوجوب
وقال تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم الى قوله لينفق ذو سعة من
سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله فالمراد بها في بيانه ولعانه لا بالجميع
وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فدل على وجوب الحال لا لعلها
بولدها على استمتاع الزوج فدلا لتحاك عدم استغالها تولادتها له اولى
وقال تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فاذا وجبت بعد
الفراق فقبله اولى وقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث وربع
فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم ذلك ادنى ان لا تعولوا معناه
ان لا يكثر من تعولون فلولا وجوب النفقة لما كان الخشية كثرة العيال ثابتة اعترض
بعض اهل اللغة بان معنى عال يعول جار يجور فاما كثرة العيال فيقال فيه
اعال يعيل فما ذكره لا يوافق اللغة ولا مقدم للآية وهو فان خفتم ان لا تعدلوا
فواحدة والجواب ان القرآن نقل عن الكسائي قال سمعت من العرب من يقول عال
يعول معناه كثر عياله واما السنة فتواتر الاحاديث الدالة عليها ظاهرة
المحتاج الى بيان واسبابها ثلاثة النكاح والقرابة والملك فهنا فصول

الاول في النكاح وفيه مطالب **الاول** في الشرائط **قال** قدس الله سره وهل
تجب النفقة بالعقد بشرط عدم النشوز او بالتمكين فيه اشكال **اقول** ينشأ من عموم
النص كما تقدم ولما منع النشوز بالسنة والاجماع كان عدم المانع شرطا ومن حيث

حيث انه قد روي ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم تزوج ودخل بعد سنتين ولم ينفق
الا بعد دخوله ولقوله عليه السلام اتقوا الله في النساء فانهن عندكم عوان اخذتموهن بامانة (عوار مع)
الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف وانما يحصل ذلك اذا
كن عند الرجال وهو يدل على التمكين ولان الاصل براءة الذمة من وجوب النفقة
خرج منه حالة التمكين بالاجماع فيبقى الباقي على الاصل وفيه نظر لان اصل البراءة انما يكون
حجة مع عدم دليل ناقل عنه لكن قد وجد هنا العمومات الدالة على وجوب نفقة
الزوجة والاصل عدم التخصيص ولعلم انه فرق بين عدم النشوز ووجود التمكين
لان الاول اعم مطلقا وعدم النشوز يكفي فيه اصل بقاء العدم الاصلي بخلاف التمكين
وفرع المصنف على القولين فروعا وذكر من جملتها انه لو لم يدخل ومضت مدة استحقت
النفقة على الاول اذا كانت ساكتة اذ لا نشوز دون الثاني اذ لا تمكين ومذهب
والدي المصنف قدس الله سره ان التمكين هو الشرط او السبب مع العقد الدائم وهو الاصح عندي
قال قدس الله سره ولو كانت صبية والزوج صغيرا قيل لا نفقة والوجه ثبوتها لتحقق التمكين من طرفها اقول (ـــ مع)
الاول قول الشيخ في المبسوط وابن البراج في المهذب لان الصبي ليس اهلا للاستمتاع ولا التمكين اذ هو
في حقه فان التمكين شرطه الامكان والاثم يتحقق وان لا امتناع من جهة القابل اقوى منه
من جهة الفاعل فاذا اسقط الثاني اسقط الاول والثاني قول ابن الجنيد ان الامكان من
طرفها متحقق وانما تعذر من جهته فلم يسقط كما لو غاب ولان الشرط اما عدم النشوز او التمكين
وكلاهما متحقق من طرفها هنا فتجب لها النفقة وهو الاقوى عندي **المطلب الثاني**
في قدر النفقة **قال** قدس الله سره ويجب سد الخلة ولا يتقدر بقدر وقيل مد للرفيعة والوضيعة
من الموسر والمعسر **اقول** البحث هنا في موضعين **أ** في تقدير قوت الزوجة واختلفت
فيه على اقوال ثلاثة **آ** لا تقدير لكمية بل ما يسد خلتها اي تشبع جوعها وهو اختيار والدي
قدس الله سره وابن ادريس **ب** انه مد وهو رطلان وربع وهو اختيار الشيخ في الخلاف **ج**
مدان على الموسر ومد ونصف على المتوسط ومد على المعسر وهو قول الشيخ في المبسوط وابن
البراج **ب** في جنسه قال امام المجتهدين المصنف انه غالب قوت البلد فان لم يكن فاللائق بالزوج

المطلب الثالث في كيفية الانفاق **قال** قدس الله سره وتملك نفقة كل يوم في صبيحته
وليس عليها الصبر الى الليل فان ماتت في اثناء النهار لم يسترد وكذا لو طلقها ولو نشزت
استرد على اشكال **اقول** ينشأ من اشتراط التمكين او عدم النشوز في جميع
الزمان ولم يحصل في ذلك اليوم ومن حيث استحقاقها باوله ولهذا لو ماتت
او طلقت استحقته والفرق انه لم يصدر منع في الموت والطلاق منها وهي

الشرط وهو كلام على المستند قال قدس الله سره وهل الواجب في الكسوة للامتاع
او التمليك اشكال اقربه الثاني اقول منشأه من ان الغاية من وجوب الكسوة التستر
وهو يحصل بالامتاع كالسكنى ولاصالة براءة الذمة من وجوب التمليك ولقوله تعالى
وكسوتهن وهي للحالة ويتم بالامتاع ولايجاب التمليك تستلزم زيادة لضمانه من عند
ضرورة ومن ان الامتاع بها متلف فكانت كالطعام واختاره امام المحققين والدي
المصنف قدس الله سره الثاني وهو التمليك لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
عطفها على الرزق فيكون الواجب فيهما واحدا لان قضية العطف التسوية في الحكم
المتقدم وهو في الرزق التمليك فكذا في الكسوة ولقوله عليه السلام ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن
بالمعروف واللام للتمليك قال قدس الله سره ولو انقضى نصف المدة سواء لبستها او لا ثم
طلقها احتمل على التمليك التشريك واختصاصها اقول على القول بانها امتاع له اخذها لانها
مملوكة وتستحق اللبس بسبب الزوجية وقد زال السبب ويجب زوال المسبب اما
على القول بالتمليك فيحتمل التشريك لانها في مقابلة مجموع زمانين ماض ومستقبل والمتصل
ذات الاستحقاق لسببه فيسقط قسطه ويحتمل اختصاصها به كما لو دفع نفقة يوم
ثم طلقها في نصفه ولانها ملكته والاصل بقاء ما كان على ما كان ولانه دفعها بعد
ما وجبت عليه دفعة والانفاصلة لا زمة اتصل بها القبض قال قدس الله سره والقول
قولها مع اليمين في عدم الانفاق او عدم المواكلة ان كانت في منزلها على اشكال اقول منشأ
من تعارض الاصل وهو عدم الانفاق والظاهر وهو انها اذا كانت في منزله انه ينفق عليها
وانه يواكلها فيعدل الظاهر كلام الشيخ في الخلاف والاول اختاره ابن ادريس والسابق
في كتاب القضاء يحقق لكن في تعيين المدعي وتعلم ان الاستدلال بالمسألة كما استدل
به صاحب الانفاق عالما مع تخلفه عنه في بعض الوقت عليه وهو غير صحيح لانه استدلال
بالعام من وجه على ظن امارة وتلك الحكم بوجوب النفقة معلوم فلا تعارضه الظن
قال قدس الله سره وكذا الاشكال في الفراش الة الطبخ والتنظيف فالواجب الامتاع
اقول قوله وكذا عطف على قوله وهل الواجب في الكسوة للامتاع الى اخره ومنشأه
هنا ان الغاية تحصل بالامتاع وهو الحق عندي ومن وجوبه دائما وجواز العادة
وقلة حصولها عندنا وانه لا حصولها فلا يتعلق الواجب بغير ذلك
والفرق بينه وبين آلة الطبخ عدم وجوبها عينا لانه لو جاءها بالطبيخ لم يحتج الا له
وقلة الاحتياج اليها واعتياد استعارتها كثيرا وهذا هو الفرق بين آلة التنظيف
وبين

وبين الفراش قال قدس الله سره ولو سكنت معه في منزله ففي سقوط الاجرة نظر اقول
منشأه من ان السكنى من النفقة لو وجبت عن ناشز كل نفقة للزوجة غير الناشز يجب قضاؤها
فهذه يجب قضاؤها اما الصغرى فظاهرة واما الكبرى فلعموم النص على وجوب قضاء نفقة
الزوجة ومن حيث ان الظاهر تبرعها به حيث سكنت في منزله من غير مطالبة بها
المطلب الرابع في مسقطات النفقة قال قدس الله سره ولو سافرت لطاعة مندوبة
او في تجارة فان كان معها وجبت النفقة وان لم يكن فان كان بغير اذنه فلا نفقة وان
كان باذنه فالاقرب النفقة اقول وجه القرب ان السفر باذنه في حكم عليه ولو جوبها
بالتمكين ثم لا تسقط الا بالنشوز ولم يحصل عن ويحتمل حيث ان التمكين لم يوجد حقيقة
والحق عندي الاول قال قدس الله سره ولو ارسلت الى المولى عنه بعض الزمان كالليل
الباقي احتمل سقوط الجميع او ما قابل زمان المنع وكذا لو نشزت بعض اليوم
اقول وجه الاول ان شرط وجوب كل جزء من نفقة اليوم التمكين التام في جميع اليوم
والحصول والاشتغال المقدم للاولى فلان نفقة اليوم لا تتبعض لا يجب تسليمها دفعة قطعا
واجمعة ولا تعرف غداة وعشية ولانه لو طلق في اثناء اليوم لم يسقط الباقي بل استحق
جميع نفقته ووجه الثاني ان زمان الطاعة سبب وجوب نفقته موجود والمانع
منتف زمان النشوز المانع موجود فيه فيسقط نفقته والحق عندي الاول قال
اما لو كان غير مضيق كالنذر المطلق والكفارة فالاقرب ان له منعها الى ان تضيق عليها اقول
وجه القرب ان حقه مضيق والاخر موسع والمضيق مقدم على الموسع عند التعارض ومن
حيث انه يستغني بالاصل عن حقه وتعيينه منوط باختيارها والا لم يكن موسعا والعدد بخلافه
والحق عندي الثاني واعلم انه فرق بين الصلاة والصوم فانه ليس له منعها عن الصلاة في اول الوقت
كما اختاره المصنف هنا وله منعها عن الصوم الموسع عند المصنف وذلك من وجوه
آ ان وقت الصلاة معين مستفاد من القرآن لقوله تعالى اقم الصلاة لدلوك الشمس الى غسق
الليل وهو عام فصار كالصوم المعين ب ان الصلاة قبل وجوبها في اول الوقت ولا
يجوز التأخير الا لعذر على هذا القول العذر ظاهر وعلى قولنا اول الوقت افضل اتفاقا
لقوله عليه السلام اول الوقت رضوان الله وآخر الوقت عفو الله وهذا عام بخلاف
الصوم عن الموقت ج ان زمان الصلاة يسير لا يستوعب اليوم بخلاف الصوم قال
ولو نذرت قبل حالة او بعد باذنه زمانا معينا لم يكن له منعها وان كان بغير اذنه
او كان مطلقا كان له المنع فان طلبها قبل حضور المعين فالاقوى الوجوب اقول

محضة القوة وجود السبب وكذا المانع فيؤثر ويحتمل عدمه لان الحاجة شرط والحمل
قال قدس الله سره وكل موضع قلنا ان له المنع لو صامت فالاقرب سقوط النفقة ان منعته
الوطء والا فلا **اقول** لا شك في سقوط النفقة ان منعته الوطء بل الكلام فيما اذا
لم يطلب فلم يتحقق المنع فلم يوجد النشوز ولانه لو كان الصوم مانعا لزم الدور من
حيث ان الصوم هو عبارة عن توطين النفس على الامتناع عن المفطرات ومن جملتها
الوطء وبه تبني العزم على منع الزوج عن الوطء وهذا هو النشوز ولعلم ان المصنف
اختار انه ان منعته الوطء او نوعا من انواع الاستمتاع سقطت نفقتها وان
عصته في ترك الاكل والشرب لم يمنع لانه لا يتعلق حقه بذلك والضابط ان
كلما يتعذر التمكين منه مسقط للنفقة وغيره لا وهذا هو الاصح عندي
قال قدس الله سره وتجب النفقة للمطلقة رجعيا الا اذا حبلت من الشبهة وتأخرت
عن الزوج وقلنا لا رجعة له في الحال فالتجب النفقة على اشكال **اقول** بنى المصنف
هذه المسألة على مسألة اخرى هي انه هل له الرجوع في مدة الحمل ام لا فان قلنا له الرجوع والاصح
ان علة النفقة لان النفقة عوض التمكن المباح بالعقد وهو متحقق هنا وان قلنا ليس له
الرجوع ففي وجوب النفقة الاشكال المذكور ومنشأوه من انها مطلقة لبينت
في عدة رجعية وسبب النفقة التمكين في النكاح الدائم او العدة الرجعية وكل منهما قد انتفى
فينبغي وجوب النفقة اما الصغرى فنقول اما **ا** فلان الطلاق فانه مزيل للنكاح والرجعة
هي جواز ان ترجع الى النكاح حينئذ بالقوة المحضة واما **ب** فظاهر واما الكبرى فظاهرة
ولانه ممنوع من وطئها بسببها فصارت كالناشز ومن حيث انها لا تبتنى عن حكم الزوجية
الموجبة للنفقة الا الخروج العدة والخروج نفي من حكم الزوجية **قال** قدس الله سره
والفسخ كالطلاق ان حمل بردته وان استند الى اختيارها او الى عيبها قبل الدخول
سقط جميع المهر الا في العنة والنفقة وبعده لا سقط المهر بل النفقة ان كانت حائلا
او حاملا على اشكال الا قلنا ان النفقة للحامل **اقول** اذا استند الفسخ اذا ...
الى اختيارها فالمراد بخيرتها او لعيب الرجل فان كان بخيرتها فاما ان تكون قبل الدخول او
بعده وكذا ان كان للعيب فالاقسام اربعة **ا** ان يفسخ بخيرتها قبل الدخول
فلا نفقة لها ولا مهر وان كان بعد الدخول فاما ان تكون حاملا او لا فان لم تكن
حاملا سقطت النفقة خاصة وان كانت حاملا فلها المهر والنفقة ان قلنا ان النفقة
للحمل والا فاشكال ينشأ من عموم النص بوجوب نفقة الحامل ومن ان الفسخ بسببها صيرها

اجنبية

اجنبية فلا نفقة لها ولا للحمل لان البحث على هذا التقدير **ب** ان يفسخ لعيبه قبل
الدخول فلا مهر لها الا في العنة فلها النصف ولا نفقة لها اجماعا **ج** ان يفسخ
لعيبه بعد الدخول فلها المهر ثم ان كانت حاملا فلها النفقة ان قلنا انها للحمل
والا فاشكال ينشأ مما تقدم **د** اذا استند الفسخ الى عيبها فلا يخلو اما ان
يكون قبل الدخول او بعده فان كان قبل الدخول فلا نفقة لها اجماعا ولا مهر وان كان
بعد الدخول فان لم تكن حاملا فلها المهر مع عدم تدليسها ومعه كالعدم وان
كانت حاملا فلها المهر والنفقة ان قلنا انها للحمل والا فاشكال منشأوه ما
تقدم فقوله على اشكال في هذه الصور كلها و انا **اقول** على قول الشيخ في
المبسوط ان النفقة للحمل في المطلقة البائن يجب النفقة في هذه الصور لوجود
المستحق وهو الحمل وان قلنا ان النفقة للحامل يجب هنا لان وجوب النفقة على خلاف
الاصل لحصول المؤونة فانتفى النكاح والتمكين فيه فانتفى سبب الوجوب والملحق
النفقة للمطلقة البائن بالنص قياس لان كل ما هو خلاف الاصل يقتصر فيه على
محل النص **قال** قدس الله سره وفرقة اللعان كالبائن فلو انفق على الولد المنفي باللعان
ثم كذب نفسه ففي رجوعها بالنفقة اشكال **اقول** قال الشيخ في المبسوط لها
الرجوع عليه بالنفقة لانه السبب وحكم الحاكم بوجوب النفقة عليها لان اللعان شهادة
للاب فمع عدمه فقد حكم الحاكم بشهادته بوجوب النفقة عليها كالذي تم اكذابه
نفسه كالرجوع في الشهادة بعد الحكم والرجوع في الشهادة بعد الحكم يوجب الضمان
ويحتمل العدم لان نفقة القريب لا تقضى ولانه اما ان يكون ولدا او لا وكلما
تحقق الثاني لم يجب القضاء وكلما تحقق الاول لم يجب القضاء لانها انفقت من غير
امره ولا اذنه ولا يجب القضاء لها ولا للولد لعدم وجوب قضاء نفقة القريب **قال**
قدس الله سره والمعتدة عن وطء الشبهة اذا كانت في نكاح فلا نفقة لها على اشكال
اقول ينشأ من انه منع الوطء من جهتها اذ هي الموطوءة فانتفى سبب النفقة
وهو التمكين ومن حيث انها معذورة في الشبهة ولهذا سقط الحد ووجب
المهر ولحق الولد وكانت كالمعتدة كمرضها والحق انه لا نفقة ولعلم انه ذكر
فيما تقدم ان المعتدة الرجعية اذا وطئت بالشبهة وقلنا بجواز رجوعه يجب لها
النفقة واستشكل هنا وتلك في حكم الزوجة وههنا الزوجية حقيقة ثابتة بالفعل

لان الرجعة هي تملك ان علمك ذلك النكاح والزوج مالك للنكاح بالفعل وانما ذكره
ههنا تنبيها على ان تلك المسألة لم يحرم بها بل هي مبنية على وجوب النفقة هنا هكذا
قرر المصنف هذه المسألة في درسه والحق عندي انه لا نفقة لها ههنا ولا في المسألة
السابقة **قال** قدس الله سره وفي المتوفى عنها مع الحمل روايتان الاشهر انها
لا نفقة لها والاخرى ينفق عليها من نصيب ولدها **اقول** الرواية الاولى هي ما رواه
رواها ابو الصباح الكناني عن الصادق عليه السلم في المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها
هل لها نفقة قال لا وفي الحسن عن الحلبي عن الصادق عليه السلم قال في الحبلى المتوفى عنها
زوجها ينفق عليها من نصيب ولدها الذي في بطنها واعلم ان الحق عندي ان لا نفقة
لها **المطلب الخامس** في الاختلاف **قال** قدس الله سره لو ادعى الانفاق وانكرته
فان كان غائبا فعليه البينة وان فقدت حلفت وحكم لها وان كان حاضرا معها فكذلك على
اشكال **اقول** قد تقدمت هذه المسألة **قال** قدس الله سره ولو ادعت انها
حامل دفع اليها نفقة كل يوم من اوله فان ظهر الحمل والا استعيدت وفي
مطالبتها بكفيل اشكال **اقول** ينشأ من انها استولت على مال الغير بسبب لم يثبت
بعد ومن حيث عدم ثبوت استحقاق الرجوع عليها به ومبنى القولين ان دعوى الحمل
موجب بشرط عدم ظهور الكذب او بشرط الحمل وتصديقها لتعذر اقامة البينة وهذا ينبني
على ان العدم هل يكون شرطا او الوجود **المطلب السادس** في الاعسار **قال**
قدس الله سره لو عجز عن القوت بالفقر فهل تسلط المرأة على الفسخ روايتان الاشهر العدم
اقول الرواية المشهورة هي ما رواه عبد الله بن المغيرة عن السكوني عن جعفر
بن محمد الصادق عليه السلم عن ابيه عن علي عليه السلم ان امرأة استعدت على
زوجها انه لا ينفق عليها وكان زوجها معسرا فابى ان يحبسه وقال ان مع العسر
يسرا وهذا قول الشيخ في المبسوط والخلاف وابن حمزة وابن ادريس عملا بالاستصحاب
والرواية الاخرى هي رواية حماد بن عثمان وخلف بن حماد عن ربعي والفضيل بن يسار
جميعا عن ابي عبد الله عليه السلم قال اذا انفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة
والا فرق بينهما وما روي عن ابي عبد الله عليه السلم اذا كسى الرجل امرأته ما
يواري عورتها واطعمها ما يقيم صلبها اقامت معه والا طلقها او فرق
بينهما والوالي ولم يخرج عدتها كان احق بها والفسخ بالاعسار اختيار ابن
الجنيد والا لزم الضرر وهو منفي ولقوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح
باحسان

بخطه

اي بالاول من الخبر

باحسان والامساك مع عدم الانفاق ليس امساكا بمعروف فيتعين التسريح ولانه
اذا ثبت الفسخ بالعنة والجب وهو عجز عن الوطي ويقوم البدن بدونهما فالعجز عما لا يقوم
البدن بدونه اولى والاقوى الاول لاصالة بقاء النكاح وان النفقة ليست بركن فيه
قال قدس الله سره ولو قلنا بالفسخ مع العجز فهل الفسخ بالعجز عن الادم او الكسوة او المسكن
او نفقة الخادم اشكال **اقول** هذا تفريع على القول بالفسخ بالعجز عن النفقة
ومنشأ الاشكال انه انما جوزنا الفسخ بالعجز عن النفقة لاستلزام وجوب النفقة
تكليف الزوج بما لا يطاق وعدمه تعرضها للاتلاف وههنا لا استلزام
فلا يوجب ومن حيث ان الرواية دالة على الفسخ بالعجز عن الواجب بالنفقة والعجز عن المركب
يتحقق بالعجز عن بعض اجزائه والحق الاول لاصالة البقاء وعدم العلم بوجود المانع
قال قدس الله سره ولو رضيت بالاعسار فهل لها الفسخ تجدد ذلك كالمولى منها اولا
كالعنين اشكال **اقول** منشأه ان استحقاق النفقة متجدد فلا يسقط الا
ما وجب لا ما سيحدث ومن ان الاعسار من باب العيوب فهو عيب واحد كالعنن
الفصل الثاني في نفقة الاقارب **مقدمة** القرابة الموجبة للنفقة هي قرابة البعضية
والولادة فتجب لكل اصل وفرع لا شيء له ولا قدرة له على كسب ودليل
وجوبها الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن
وكسوتهن بالمعروف فدلت على وجوب نفقة الاولاد على الاباء اولا وقال تعالى
فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن يعني المطلقات اذا ارضعن اولادهن وجب
لهن اجرة الرضاع فلما لزمت اجرة الرضاع فالنفقة اولى ودل على وجوبها على الاباء
دون الامهات مع تمكنها للاباء وقال تعالى ولا تقتلوا اولادكم خشية املاق
نحن نرزقهم واياكم فلولا النفقة ووجوب النفقة عليه لما قتلوا خشية الاملاق من
النفقة واما السنة فالاحاديث المتواترة والاجماع ظاهر وفيه مطالب
الاول من تجب النفقة **قال** قدس الله سره ولا تجب على غيرهم ممن هو على
حاشية النسب وليسوا على قطبه كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات والاخوال
والخالات واولادهم علوا او نزلوا وان كانوا وارثه على راي **اقول** هذا
هو المشهور وقال الشيخ تجب نفقة الوارث لقوله تعالى وعلى المولود له
رزقهن وكسوتهن بالمعروف الى قوله وعلى الوارث مثل ذلك يعني مثل ما
كان على الاب من النفقة وليس للمطلقات اجماعا فهو على المولود والعله

علية منه

الا ارث فتنتفي وجوب النفقة من الطرفين لتساويهما في الارث والجواب المراد
بقوله مثل ذلك ان لا تضار والدة بولدها قاله ابن عباس وقوله في النفقة وجهة واعلم
ان اقوال اهل العلم منحصرة في نفقة الاقارب في اقوال ثلثة آ التخصيص بعمودي النسب وهو
قول الامامية والشافعية ب كونه وارثا وهو قول الشيخ واحمد بن حنبل ج كونه ذا
رحم وهو قول ابي حنيفة ولم يقل به احد منا لقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض
ولما رواه جابر عن النبي عليه السلام انه قال اذا كان احدكم فقيرا فليبدأ بنفسه فان فضل
فعلى عياله فان كان فضل فعلى قرابته او القرابة ذو الرحم والجواب عن آ انه لا
تدل على وجوب الانفاق [illegible] في الارث [illegible] الملازم ولا [illegible] وعن
ب بمنع السند ومع صحته بمنع الدلالة فان قوله فان كان فضل فعلى قرابته للاستحباب
والا لكان في عياله لان العيال من يجب نفقته عليه لكنه متاخر عن العيال فائدة المانع
من الارث كالرق والكفر والقتل لا يمنع من وجوب الانفاق قال قدس الله سره
ولزمنا التكسب لنفقة نفسه وزوجته وهل يجب لنفقة الاقارب اشكال اقول
ذكر المصنف في درسه في منشأ الاشكال وجهين آ ان وجوب الانفاق هل
هو واجب مشروط بحصول المال او مطلق مشروط بالقدرة يحتمل الثاني لقوله تعالى وعلى
المولود له رزقهن فلم يشترط في الوجوب المال كما اشترطنا القدرة لاستحالة تكليف
ما لا يطاق وانتفاؤه هنا باجماع الائمة وكذا ابدا وجوب اجرة الرضاع مطلقة يدل على
الوجوب المطلق وشرط القدرة لما ذكرنا وهي انفاق على الولد ويحتمل الاول لقوله
تعالى ولينفق ذو سعة من سعته الحث على السعة ولان الاصل عدم وجوب نفقة
الغير خرج عنه ما ذكرت النص والاجماع عليه فيبقى الباقي على اصله ب ان النفقة
من باب المواساة وللتحقق في الفقير ومن ان القادر على التكسب كالغني لقوله عليه
السلام ولا لذي مرة سوى قال قدس الله سره وفي المنفق على الحاجة وهو الذي لا كسب
له ولا قرب اشتراط عدم القدرة على التكسب اقول وجه القرب ان المتمكن
من الاكتساب كالغني لان في الحديث ساوى بين الغني وذي المرة السوي ولانه
غير محتاج ولان الاصل عدمه ويحتمل الوجوب لانه فقير والاقوى عندي
اشتراط العجز عن التكسب والمراد بالتكسب هنا التكسب اللائق به قال قدس الله سره
ويجب على القادر على التكسب النفقة كما يجب على الغني على اشكال اقول
هذه المسئلة تقدمت ونزيد هنا فنقول القدرة على السبب هل هي قدرة على
المسبب ام لا اختلف المتكلمون فيه وتحقيقه قد ذكر في الكلام
قال

قال قدس الله سره ولو كان له اولاد موسرون تساووا في الانفاق وان كانوا
ذكورا او اناثا او لو كانوا ذكورا واناثا احتمل التشريك اما بالسوية
او على نسبة الميراث واختصاص الذكور اقول الكلام هنا في موضعين آ
هل تجب النفقة على الابن على كل الاولاد الذكور والاناث او على الذكور خاصة
ومأخذ الاحتمال ان الخطاب بصيغة المذكر مع الاطلاق هل يختص بالذكور
ام يتناول الذكور والاناث قد حقق في الاصول وايضا السبب الموجب للنفقة عليه
كونه كل واحد ولدا والولد مقول بالتواطي على الذكور والاناث والتساوي في
العلة يقتضي التساوي في المعلول اي الحكم الصادر عنه ومن حيث ان الذكر مقدم في
الارث وكذا في الولد ب اذا قلنا بالوجوب على الكل وهو الاصح عندي هل يجب على التساوي
او على مراتب الارث يحتمل الثاني لانهم يتفاوتون فيما يستحقون بها فكذا فيما يجب
عليهم بها ولقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك رتب النفقة على الارث فترتب الكمية
والاصح الاول لما تقدم قال قدس الله سره ولو كان له ابن موسر واخر مكتسب فهما
سواء على اشكال اقول هذا فرع على وجوب الانفاق على الفقير بالمال الحقيقي بالقدرة
على التكسب وتقريره انه لو اجتمع ذو المال والقادر على التكسب فهل يقدم في وجوب
الانفاق ذو المال او لا بل يتساويان قال امام المحققين والدي المصنف قدس الله سره
فيه اشكال ومنشأه ان وجوب الانفاق على كل واحد يصح عليهما اذا اجتمعا
لعدم منع احدهما للآخر والاصل البقاء ولمساواة القدرة الغنى في السببية
لا انا نبحث على هذا التقدير ولو جامع الغنى غنيا لوجب عليهما وكذا لو اجتمع الغنى
ومساويه ومن ان وجوبها على المكتسب لضرورة عدم غيره وهي منتفية هنا قال
قدس الله سره ولو كان له ام وبنت احتمل التشريك واختصاص البنت بالنفقة اقول
وجه الاول تساويهما في السبب وهو القرابة فيتساويان في الاثر ولان كونه ولدا
مساويا لكونه والدا في الجانب للانفاق في الذكورة وكذا في الانوثة لانه لا مدخل الا للتوليد
له ومعه ويرد لو اعتبر التوليد لاخير وصف الذكورة والانوثة لتساوى الابن والام
وهو باطل ووجه الثاني ان البنت تقدم على جد الاب والام فيتقدم عنه فيتقدم البنت
عليها المطلب الثاني في ترتيب المنفق عليهم قال قدس الله سره ولو كان
له ابوان ومعه ما يكفي احدهما [illegible] وكذا لو كان اب وابن او ابوان
وابن لكل [illegible] ولو لم يتسع بواحدهم مع التشريك لكثرتهم فالوجه
القرعة وان فضل من الغذاء شيء احتمل القرعة بين الجميع وبين من عدا الاول
اقول وجه الاول القرعة في المسئلة الاولى استحالة الترجيح من غير مرجح

والشركة بناقص العوض من تنويع الحكم ومن حيث تناديهم في سبب الاستحقاق والقرعة كاشفة للمستحق من غيره والكل هنا مستحقون ليس فيهم من لا يستحق ووجه القرعة في النافية ان الجميع يستحق ايضا ومن حيث انه فضل منه دليس بمحتاج فيصير غيره اولى لان سبب النفقة الحاجة وعينه الحوج ولانه حصل للاول ما يكفيه فيقدم دون الباقين فلا يشاركهم في الفاضل **قال** قدس الله سره ولو كان لحد الاقارب اشد حاجة كالصغير مع الاب احتمل تقديم الصغير وتقديم الاقرب على الابعد **اقول** وجه الاول ان علة وجوب الانفاق الحاجة وكلما كانت العلة اقوى كان اثرها اقوى وكان محلها اولى بالحكم ومن حيث ان العلة السبب ومطلق الحاجة وهما متساويان في المطلق من حيث هو هو **المطلب الثاني** في نفقة المماليك **قال** قدس الله سره ولو عجز عن الانفاق على ام الولد امرت بالتكسب فان عجزت انفق عليها من بيت المال والجميع عنه هنا ولو كانت الكفاية بالتزويج وجب فان تعذر الجميع ففي البيع اشكال **اقول** منشأه من عموم النهي عن بيع ام الولد ومن انه به تحفظ نفسها من الهلاك **المطلب الثالث** في نفقة الدواب **قال** قدس الله سره وهل يجبر على الانفاق على غير الماكول الحم او بيعه او الذكاة للجلد وعليه اد على التذكية اشكال **اقول** وجه الثاني اذا تعذر البيع لم يبع قبل يجبره الحاكم على الانفاق لان الغاية الذاتية من خلق الدواب منافع اخرى غير الذبح للاكل وهذا تنظيم النوع فلا يتعرض الحاكم بل يجبر على الانفاق فان تخلص هو بالذبح جاز وقبل يخير الحاكم بين الانفاق وبين الذكاة فعلى هذا يخيره الحاكم بين البيع والذكاة والانفاق والتحقيق ان وجوب الانفاق مشروط بابقائه الحملك وعلى هذا التقدير يجبر على الانفاق قطعا

كتاب الفراق

وفيه خمسة ابواب **الباب الاول** في الطلاق

وفيه مقاصد **المقصد الاول** في اركانه وفيه فصول **الاول** في المطلق **قال** ويشترط فيه امور اربعة **الاول** البلوغ فلا يقع طلاق الصبي وان كان مميزا ولو بلغ عشرا الا على رواية ضعيفة **اقول** هذه رواية ابن بكير عن ابي عبد الله عليه السلم قال طلاق الصبي اذا بلغ عشر سنين واجاب المصنف بضعف السند فان ابن بكير ضعيف واعلم ان الشيخ في النهاية عمل بهذه الرواية ووافق بصحة طلاقه وهو اختيار المفيد في المقنعة وعلي بن بابويه في الرسالة وابن البراج والعجم وما ذكره المصنف هنا اختيار ابن ادريس وابي الصلاح وهو الاصح عندي

بلغ قبالا

قال قدس الله سره نعم لو امتنع من الطلاق وقت افاقته ففي الطلاق عنه اشكال **اقول** ينشأ من انه مجنون طلق عنه الولي للمصلحة فيصح ومن التزامه بالنكاح وقت الافاقة وجنونه يزول وكان كالصبي الذي يتوقع البلوغ فيه ولان الاصل بقاء النكاح ولعموم قوله عليه السلم الطلاق بيد من اخذ بالساق وهو من صيغ العموم فطلاق الولي على خلاف الاصل جاز في المجنون المطبق بالاجماع فيبقى الباقي على الاصل العموم **قال** قدس الله سره الرابع القصد ويصح التوكيل فيه للغائب اجماعا وللحاضر على راي **اقول** هذا اختيار ابن ادريس وذهب الشيخ في النهاية الى انه لا يصح توكيل الحاضر في الطلاق وتبعه ابن البراج وابن حمزة لما رواه سعيد الاعرج في الصحيح عن الصادق عليه السلم في رجل جعل امر امراته الى رجل فقال اشهدوا اني قد جعلت امر فلانة الى فلان فيطلقها ايجوز ذلك للرجل قال نعم وترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال يدل على العموم في المقال احتج الشيخ بما رواه زرارة عن الصادق عليه السلم قال لا تجوز الوكالة في الطلاق وحملها الشيخ على الحاضر جمعا بين الادلة لاستحالة حملها على الغائب اجماعا **قال** قدس الله سره ولو وكلها في طلاق نفسها صح على راي **اقول** قال الشيخ لا يصح لان القابل لا يكون فاعلا ولاقتضاء قوله عليه السلم الطلاق بيد من اخذ بالساق عدم صحة التوكيل مطلقا خرج وكالة غير المراة بما رواه سعيد الاعرج بقي الباقي على العموم والوجه الصحة لان كل ما قبل النيابة لم يعتبر فيه خصوصية النائب واستدل بان النبي عليه السلم خير نساءه بين المقام معه وبين مفارقته لما نزل قوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك الاية والتي تعقبها واجيب بانه من خصائصه عليه السلم وبحث **قال** قدس الله سره فلو قال طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة او بالعكس صحت واحدة على راي **اقول** وجه الصحة في الاول ان الاذن بالمجموع اذن في كل واحد فان قلنا الطلاق المرسل يقع واحدة صح هنا الا فلا وقال الشيخ في الخلاف لا يقع في المسئلتين لمخالفة ما وكلت فيه وينبغي بطلان ما خالفت فيه دون غيره **المقصد الثاني** المحل وهي الزوجة ولها شرائط ستة **الاول** العامة **قال** قدس الله سره وهي ان يكون العقد دائما والتعيين على راي في قوله ولو طلق واحدة غير معينة لا نية ولا لفظا قيل بطل وقيل

تنفسخ وتعيّن للطلاق من شاء وهو اقوى **اقول** اختلف الاصحاب في اشتراط
تعيين المطلقة في الطلاق فقيل باشتراطه وهو اختيار ما لدى المصنف في الجواهر
والسيد المرتضى والمفيد والشيخ في احد قوليه وقيل لا يشترط وهو احد قولي الشيخ
اختاره في المبسوط وافتى به ابن البراج رحمه الله والمصنف هنا **احتج** الاولون
بان الطلاق امر معين فلا بد له من محل معين لاستحالة حلول المعين في المبهم
ولان توابع الطلاق كالعدة وغيرها لا بد لها من محل معين و**احتج** الآخرون
بعموم النص ولان احديهما زوجة وكل زوجة يصح طلاقها وفيه نظر لمنع الكبرى
واعلم ان هذه مسألة اصولية اختلف فيها الاصوليون فقال بعضهم بالصحة وبعضهم بالبطلان
ثم اختلف القائلون بالصحة في ان الواقع هل هو سبب موثر في البينونة في الحال ام لا حتى
التأثير عند التعيين فعلى الاول تحرم الكل حتى يعين وعلى الثاني الكل زوجات
يباح نكاحهن الى ان يعين فالتحريم بعد التعيين ويتفرع على ذلك فروع كثيرة
ليس هنا موضع ذكرها **قال** قدس الله سره ولو قال هذه طالق او هذه وهذه بلغ
قيل طلقت الثالثة ويعين من شاء من الاولى والثانية وهو حق ان قصد العطف
على احدهما وان قصد عطف الثالثة على الاولى او الثانية والثالثة **اقول** في
اصل هذه المسألة اطراد الصيغة لنسبة موجودة في المعطوفين وعلى تقدير الصحة
اختلف الفقهاء في عطف الثالثة فقال بعضهم انها معطوفة على احديهما اعني
المطلقة وهو قول الشيخ رحمه الله لانه عدل عن لفظ الشك الى واو العطف
فلا تشركها الثالثة في الشك ويكون معطوفة على الجملة وقال بعضهم الثالثة
معطوفة على الثانية لقربها وهو ظاهر واختاره ابن ادريس وعلى القول الاول
تطلق الثالثة لانها معطوفة على المطلقة ويقع الترديد حينئذ مانع من الجمع
والخلو وقال المصنف قدس الله سره هنا يرجع الى قصده ان قصد عطف
الثانية على المطلقة ثبت حكم القول الاول وان قصد عطفها على الثانية
ثبت حكم القول الثاني **قال** قدس الله سره ولو مات قبل التعيين اقرع ويكفي
رقعتان مع المبهمة على القولين وعلى ما اخترناه لا بد من ثالثة **اقول** القولان
قول الشيخ وقول ابن ادريس اما على قول الشيخ رحمه الله فان الثالثة معطوفة
على المطلقة وهي احديهما مطلقا سواء كانت الاولى او الثانية فظاهر ان
الثالثة مطلقة قطعا والترديد انما هو بين الثانية والاولى فيقرع
بينهما

بينهما فيكفي رقعتان مع المبهمة واما على قول ابن ادريس فلتلازم طلاق الثانية والثالثة
لكونها معطوفة عليها لقربها والتعاند في الوقوع بين طلاق الاولى والثانية لانه
اوقعه على احدهما بدلا عن الاخرى فيكتب للاولى في رقعة والباقيتان في رقعة
او الثانية وحدها لانها ان خرجت طلقت الثالثة واما على ما اختاره والذي
المصنف قدس الله سره لا بد من رقعة ثالثة للاشتباه الحاصل في الثالثة من احتمال عطفها
على المطلقة او الثانية فيكتب الاولى في رقعة والثانية والثالثة في رقعة والثالثة وحدها
في رقعة ثم يخرج على الطلاق فان خرجت الاولى حكم بطلاقها وبقاء زوجية الثانية لكن
يبقى الرقعة التي فيها الثانية والثالثة ورقعة الثالثة والرقعة المبهمة فيخرج واحدة
ليتحقق حال الثالثة هل هي معطوفة على الثانية او المطلقة فان خرجت الرقعة التي فيها
الثانية والثالثة حكم بعطفها عليها وهي باقية على النكاح وان خرجت الثالثة وحدها
حكم بانها معطوفة على المطلقة وان خرجت اولا رقعة الثانية والثالثة حكم بطلاقهما
وبقاء الاولى على النكاح وانما كتبنا الثانية والثالثة في رقعة لانه كلما طلقت الثانية
طلقت الثالثة قطعا لانها اما معطوفة على الثانية او على المطلقة وان كان للثانية
في نفس الامر الثاني فهي مطلقة قطعا وان كانت الثانية في نفس الامر هو الاول لزم من
طلاق الثانية طلاق الثالثة ومن بقائها بقاؤها لجواز ان يطلق الثانية والثالثة لا يطلق
وان خرجت اولا رقعة الثالثة حكم بطلاقها وبقي للاشتباه بين الاولى والثانية فيخرج
اخرى فان خرجت الاولى صح طلاقها وبقيت الثانية زوجة وان خرجت الثانية
والثالثة حكم بطلاق الثانية وبقيت الاولى على النكاح او يكتب الاولى وحدها
في رقعة والاولى والثالثة في رقعة والثانية والثالثة في رقعة فان خرجت الاولى
وحدها فالثالثة معطوفة على الثانية وان خرجت الاولى والثالثة فالثالثة
معطوفة على المطلقة وان خرجت رقعة الثانية والثالثة علم عطفها على الثانية
ايضا وقوله فيكفي رقعتان مع المبهمة المبهمة صفة الرقعة وهي الرقعة
المبهمة في سائر صور القرعة ويجوز ان يجعل صفة المطلقة اعني الثالثة لانها مبهمة
لانا لا نعلم هل هي معطوفة على الثانية او المطلقة لكن الاول اولى لانه قال على
القولين اعني قول الشيخ وليست الثالثة مبهمة على قوله لعطفها على المطلقة
فلا ابهام فيها وعلى قول ابن ادريس هي معطوفة للثانية **قال** قدس الله سره

و لو قال للزوجة والاجنبية احديهما طالق وقال اردت الاجنبية قبل و لو قال سعدى
طالق واشتركتا فيه قيل لا يقبل لو ادعى قصد الاجنبية اقول الفرق بينهما
ان احديهما متواطئ وسعدى مشترك بالاشتراك اللفظي والاول صريح في ارادة
الكلي والابهام واما الثاني فلانه وان يكون المراد واحدة بعينها الا ان الاصل في
الاطلاق الحقيقة والحمل المشترك على المعنيين والا على القدر المشترك فتعين المعين
في نفس القائل وهو ما دلت عليه القرينة عليه و الزوجية قرينة ظاهرة لصحة تصرف
المسلم هنا فمن ثم قيل لا يقبل تفسيره بغير الزوجة وهو قول بعض الاصحاب وقيل يقبل
لانه اعرف بنيته وبه قال الشيخ في المبسوط فانه قال لا فرق بين المسئلتين وحكم في الاولى
بقبول قوله بارادة الاجنبية فيلزم من قوله انه يقبل في الثانية قال قدس الله سره
و لو قال يا زينب فقالت سعدى جاريتك فقال انت طالق وان عرف انها سعدى ونواها بالخطاب
طلقت وان نوى زينب طلقت زينب و لو ظنها زينب وقصد المجيبة فالاقرب بطلانه
لانه قصد المجيبة لظنها زينب فلم تطلق ولا زينب لعدم توجه الخطاب اليها اقول
ويحتمل طلاق المخاطبة لانه خاطبها بالطلاق وهي زوجة قال قدس الله سره
ه هل يقع الطلاق بالمعينة من حين الايقاع او من حين التعيين الاقرب الثاني فتجب العدة
من حين التعيين اقول هذا تفريع على القول بصحة الطلاق مع عدم تعيين المطلقة
وتقريره ان نقول اختلف الاصوليون في الواقع عند اللفظ فقيل هو امر صالح
للتأثير في البينونة ويؤثر بالفعل بالتعيين فيكون التعيين سببا لسببيته بالفعل وقيل
الواقع هو الطلاق حقيقة باحديهما لا بعينها والبيان كاشف وهو اختيار الشيخ
الطوسي في المبسوط فعلى الاول يقع الطلاق بالمعينة من حين التعيين وهو اختيار
المصنف لان الطلاق لو وقع فاما على الكل او على واحدة معينة او غير معينة والكل
باطل اما الاول فللاجماع واما الثاني فلانه خلاف اللفظ واما الاخير فلان الطلاق امر معين
فلا يحل في غير المعين لان المطلقة موجودة في الخارج ولا شيء من غير المعين بموجود
في الخارج و اوردنا النقض بالكفارة وعلى الثاني يقع من حين الايقاع وهذا
اختيار الشيخ في المبسوط عليه لانه جزم بالطلاق ونجزه والحكم باحديهما لا
انه محله غير معين فيتوهم بالتعيين ولان التعيين بين التي يختارها للنكاح
فيكون اندفاع نكاح الاخرى باللفظ السابق كما ان التعيين فيما اذا اسلم على الكثر
من اربع لما تبين به من يختارها للنكاح كان اندفاع الاجنبيات بالاسلام
السابق ورد المصنف بان الطلاق ... امور لا يتحقق الا مع

شخصية المحل ولا يصلح ان يحل في المبهم ويتفرع على ذلك القولين ابتداء العدة فان
قلنا بوقوعه حين الايقاع فمنه مبدأ العدة وان قلنا بوقوعه عند التعيين
لا قبله فمنه ابتداء العدة قال قدس الله سره لو وطئ احديهما وقلنا يقع
الطلاق باللفظ كان تعيينا وان قلنا بالتعيين لم يؤثر الوطي اقول هنا
فرع على عدم اشتراط تعيين المطلقة وتقريره انه اذا قال احديكما طالق ولم
يعين بالنية واحدة بعينها بل ابهم لفظا ونية وكان الطلاق بائنا ثم وطئ احديهما
هل يكون الوطي تعيينا ام لا نقول ان كان الطلاق يقع باللفظ اعني بالايقاع
ولا نعني به انه يقع على واحدة معينة في نفس الامر بل يقع الطلاق على واحدة لا
بعينها كان الوطي تعيينا لانه دليل اختيار نكاح الموطوءة وهو صالح للسببية
ثبوت النكاح بعقد ذلك ولهذا كان رجعة واختيار نكاح احديهما بعينها
تعيين الاخرى للطلاق وان قلنا ان الطلاق لا يقع الا بالتعيين لم يصلح الوطي
للتعيين يكون موقعا للطلاق اذ لا مدخل في ايقاع الطلاق والفعل لا يصلح لان التعيين ح
لها اما الاولى فللاجماع الكل واما الثانية فللاجماع للامامية قال قدس
الله سره والاقرب تحريم وطئهما معا واباحة من شاء منهما اقول هذا فرع على
صحة الطلاق المبهم وتقريره ان نقول اختلف الناس في تحريم الوطي قبل التعيين
فكلمن قال ان الطلاق يقع عند اللفظ بالصيغة حرم تحريم الوطي ثم اختلفوا
في كيفيته فقال بعضهم يحرم كل واحدة منهما قبل التعيين لان الطلاق امر حرما
لانه معنى الوقوع والمحرمة مشتبهة بالمحللة فيلزم تحريمها كما لو اشتبهت الزوجة
بالاجنبية ولانه لو حرمت بالتعيين لم يطالب به ورد بمنع اللازم وقال بعضهم
بتحريم وطئهما معا بمعنى تحريم الجمع في الوطي ويتخير في وطي ايهما شاء
لانه تحريم اختياري بني على التخيير وهو يستلزم تحريم الجمع والتخيير بين المعينين
وهذا هو الحق عند المصنف واعلم اني اوردت على المصنف قدس الله سره انه
اختار فيما تقدم وقوع الطلاق من حين التعيين فيلزم من ذلك انه لا يحرم
احديهما قبل التعيين لعدم وجود سببه فان الطلاق لم يقع قبله اذ
لم يؤثر البينونة لاستحالة تقدم المسبب على السبب وههنا قد اختار
تحريم الجمع قبل التعيين وهذان الحكمان متنافيان صدقا لا يجتمعان

فلجاب رحمه الله بوجوه آ ان الفرج مبنية على الاحتياط الا ترى فيكفي في الحكم بالتحريم
الاحتمال فالحكم بالتحريم يستدل الى احتمال الوقوع والحكم مبني على القطع والجهل
لا بعد التعيين ولا منافاة بين الحكمين ولا في العلتين اذ تحريم الزوجة
قد يثبت مع بقاء الزوجية كما في الاشتباه وعدم القطع بالوقوع مع احتمال الوقوع
غير متنافيين ب الحكم بالحل لا ينفك بالحرمة عند لازم الحكم الاول لزوما
شرعيا غير متنافيين شرعا كما في تعزير النص ووجد في مسائل كلقطة
دار الاسلام المحكوم بحريته لا في القصاص ج الاحتياط تقوى وقد مدح الله
تعالى المتقين في القرآن كثيرا وقد يقتضي الاحتياط الحكم بشيء وضده لا بمعنى الرعي
بل الاكتفاء باحكامهما كذلك د في هذه المسألة احتمال الوقوع بالايقاع وبالتعيين
ففي الحكم اشتباه وعلى الاول في المطلقة فلا شك ان هذه المسألة من الاشتباه والاحتياط
يقتضي ما ذكرناه قال قدس الله سره ولو مات قبلهما ولم يعين فالاقوى انه
لا تعيين للوارث ولا قرعة بل توقف الحصة حتى يصطلحن اقول هنا مسائل
طلاقها آ انه هل التعيين للوارث ام لا فنقول على القول بانه يقع بالتعيين يكون التعيين
ذلك طلاق فهو لا يقع من غير الزوج ولانه اخراج لبعض من شانه ان يرث
٣ وليس لبعض الوارث كما لا على كون نفي السبب ذلك وعلى القول بالوقوع بالايقاع
فانما يقع بالمطلقة لا المعينة واما وقوعه بالمعينة فنسبته للتعيين وكان
كالطلاق بالنسبة الى المعينة فلا يقع من غير الزوج لقوله عليه السلام الطلاق
بيد من اخذ بالساق ب نفي القرعة وذلك لان القرعة تبين ما هو معين في نفس
الامر ولا في نفس الامر لا على المعينة وكذلك لان القرعة لا تبين فعلى القول بوقوعه بالا
ان بقاع فليس بمعينة في نفس الامر واما على وقوعه بالتعيين فاولى لا يثبت ويحتمل
ان يعين الوارث لانه حق للميت فيرثه الوارث لعموم الآية ويحتمل القرعة لانه
امر مشكل وكل امر مشكل ففيه القرعة وهو ضعيف ج في ايقاف الميراث
قد اجاده المصنف هنا لاشتباه المستحق من هل الكل او البعض غير
المعين والاشتباه هنا في الحكم والمطلقة ولعدم القطع ببراءة الذمة
في ايصال الكل الى احدهما والايقاف هو الحق عندي لا يقال قد رجح
المصنف ان الطلاق يقع بالتعيين فقبله لا يقع ولم يحصل التعيين قبل موته
وكانا

فكانتا زوجتين له حال الموت فترثان ولا معنى للايقاف والاتفاق لان المصنف
قد ذكر قبل هذه المسألة انه لو ماتتا او رثهما معا على القول بوقوع الطلاق
بالتعيين وهنا قد رجح ايقاف ارثهما منه لو مات حتى يصطلحن وهذان الحكمان
لا يجتمعان لانه اما ان نقول بالوقوع بالايقاع او بالتعيين او نستشكل الحكم
فعلى الاول لا ارث منهما ولو توقف وعلى الثاني يرث منهما ويرثان منه بلا ايقاف
وعلى الثالث يوقف ارثه منهما قبل التعيين وارثهما منه للتنين فالحكم بارثه
منهما وايقاف ارثهما لا يجتمعان لاتحاد السبب في الارث منه ومنهما الا ان تقول
عدم اللحاق ممنوع وسنده وجهان آ انه رحمه الله ذكر ارثه منهما على تقدير
القول بوقوعه بالتعيين جزما ولكن المصنف لم يجزم بعد ذكر الاتفاق هنا لاحتمال
وقوعه بالايقاع ولا ينافي ترجيحه القول بالتعيين لان الترجيح غير مانع
من النقيض فالحكم بارثه منهما على تقدير الجزم لا ينافي الحكم بالايقاف على تقدير عدم
الجزم ب ان الواقع اما الطلاق في الخارج وهو على القول بوقوعه بالايقاع او في
الذمة بمعنى وجوب الطلاق على القول بوقوعه بالتعيين والموت ينقل ما في الذمة
الى المحل القابل له كما ينقل الدين الى المال فينقل الطلاق الى احدى الزوجات لا بعينها فالتعيين
موجب لوقوع الطلاق بالمعينة والموت يوجب وقوعه بغير المعينة وهي الزوجة المطلقة
لانه لولا ذلك لزم بطلان الطلاق بالموت ولم يقل احد منهم من ارباب هذا
القول بذلك ولانه لو ادى الى اخراج بعض بغير حكمنا بوقوع الطلاق في آخر جزء من حياته
لامتناع انشاء الطلاق بعد الموت فقد ظهر ان القول بالتعيين انما هو في حياة
المطلق لا بعده فانه ظهر ايضا الفرق بين موتهن وارثه منهن وموته وعدم ارثهن
منه وتوهم المنافاة في المسألة التي بعده وهذه المسألة قد غشي بصر بصيرته عن ادراك الاصول
ووجه الصلح ان المستحق مشتبه ولا يمكن بيانه فصار كدعوى اثنين اذا لم تعلم
صدق احدهما وانها لو احد منهما خاصة وبيدهما خارجة وهذا من باب اتحاد طريق
المسألتين وانما طولنا الكلام في هذه المواضع المسائل لانها موضع اشتباه
قال قدس الله سره ولو طلق واحدة معينة ثم اشكلت عليه منع منهما وهل
يكون الوطي تعيينا اشكال اقربه ذلك اقول معنى كونه تعيينا انه يكون بمنزلة
اقرار بان غير الموطوءة هي كنت طلقتها لانه يقبل قوله في الذكر فينزل وطوءه منزلة
اختياره ومنشأ الاشكال من انه تعيين بشهوة واختيار فيصح كالوطي في الخيار

المبيحة في حق الحياة ومن حيث انه أعم ولا دلالة للعام على الخاص ووجه القرعة
ان تعيينه مقبول والأصل صيانة فعل المسلم عن المحرم ويحمل على المحلل وذلك
يستلزم التعيين ثم قال ههنا ولو ماتتا قبله وقف نصيبه من كل منهما لم يطالب
ببيان الحال فهنا جزم بالاتفاق لوقوع الطلاق بواحدة هنا جزما لانه أوقع
بواحدة معينة ثم اشتبهت وفي تلك المسألة على القول بأنه لا يقع إلا بالتعيين فإنها
فإذا ماتتا ماتتا زوجتين على هذا الاحتمال فورث منهما فافترقت المسألتان **قال**
قدس سره ولو مات الزوج خاصة ففي الرجوع الى بيان الوارث اشكال والأقرب
القرعة ويحتمل الإيقاف حتى يصطلحا **أقول** كل هذه الفروع في المطلقة المعينة
إذا اشتبهت بالأخرى بحالات وتقريره إذا طلق واحدة معينة واشتبهت قبل قوله
في التعيين لانه اخبر بنيته والتعيين في المسائل المتقدمة سبب وههنا كاشف فهو فيما
سبق انشاء أما التعيين خاصة إن قلنا بوقوعه بالإيقاع او المعين وبه انشاء
الطلاق لا انشاء للجزء الاخير من سببه التام ولانه سبب لسببية الطلاق الواقع إنشاء
ابتداء في المطلقة أو في المعينة على الخلاف الرأيين وأما ههنا فالتعيين اقرار ولو
قال لم أعلم ولكني أنسى احتمل تعيين هذه لم يصح وقد ذكر المصنف فيه احتمالين **أ** الرجوع
الى تعيين الوارث لانه قام مقام مورثه ومن حيث انه انما قلنا بتعيين الزوج لانه المتلفظ
بالإنشاء فكان اعرف بقصده بلفظه ولانه مالك لإنشاء الطلاق ويملك تعيينا
ملكه للإقرار به والوارث بخلافه في الصورتين **ب** القرعة لانه يحل الطلاق
معين في نفس الامر غير متعين عندنا ولا طريق الى التعيين الا بها وهذا هو
اختيار المصنف **ج** الايقاف حتى يصطلحا لان المستحق له مجهول وتعين المرأة
يحصل بالصلح لا بغيره اذ القرعة تفيد الظن والظن لا يجوز العمل به مع القدرة على
اليقين لقوله تعالى وان الظن لا يغني من الحق شيئا وهذا الاحتمال هو الاقوى عندي

[في الهامش: ولا اقول له من حيث العين خطابه في]

[في الهامش: بلغ]

القسم الثاني في الشرائط الخاصة وهي أمران **الأول** الطهر من الحيض والنفاس
قال قدس سره ولو طلق الحائض او النفساء قبل الدخول او مع الحمل او مع
الغيبة مدة يعلم انتقالها من القرء الذي وطئها فيه الى آخر صح ولو كان ثم
الغيبة بشيء والأقرب ثلاثة **أقول** اختلف الناس فيمن غاب عن زوجته في
طهر المواقعة وهو يحتمل متى تطلقها على أقوال ثلاثة **أ** اختيار والدي المصنف
قدس الله سره هنا وهو انه يطلقها بعد مضي مدة تعلم انتقالها من طهر الى آخر
بحسب

[في الهامش: بلغ]

بحسب عادتها اي تحيض بعد طهر المواقعة ثم تبتدئ الطهر بعده فسواء استمر أولا
والمراد ههنا بالعلم الظن الغالب المستند الى العادة وهو اختيار ابن ادريس فهذا يصح
طلاقها وان كانت حائضا حال الطلاق وان علم حيضها حال الطلاق بعد الطهر
الثاني لانه جمع بين الاخبار وللتالي **ب** مدة شهر فصاعدا وهو قول الشيخ في موضع
من النهاية وابن حمزة لرواية اسحق بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام قال الغائب اذا اراد
ان يطلق امرأته تركها شهرا **ج** مدة ثلاثة اشهر وهو اختيار ابن الجنيد والمصنف
في المختلف لرواية جميل بن دراج في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال الرجل اذا خرج
من منزله الى السفر فليس له ان يطلق حتى تمضي ثلاثة اشهر **د** قال الشيخ في موضع آخر من النهاية
وابن البراج لا يطلق حتى تمضي ما بين شهر الى ثلاثة اشهر ثم يطلقها واول الشيخ وبالاستبعاد
بان وجه الجمع ان المراد يعلم ان تعلم من عادتها فاذا علم انها تحيض في كل شهر جاز
ان يطلق بعد الشهر وان علم انها تحيض في ثلاثة اشهر لم يجز ان يطلقها الا
بعد مضي ثلاثة اشهر فمن ثم حصل القول بالعلم بانتقالها من طهر الى آخر وهو الاقوى
عندي ان علم به والا فثلاثة اشهر **ه** قال ابن ابي عقيل له ان يطلق متى شاء من غير
انتظار لرواية محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن الرجل يطلق
امرأته وهو غائب قال يجوز طلاقه على كل حال وتعتد امرأته من يوم طلقها والجواب
انه مطلق فيحمل على المقيد المتقدم **المقصد الثالث** في الصيغة **مقدمة** عبر
في القرآن المجيد عن الطلاق بألفاظ ثلاثة الطلاق والفراق والسراح قال الله تعالى
الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان وقال تعالى وسرحوهن سراحا
جميلا وقال تعالى فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف وقال عز من قائل وان يتفرقا وروي انه
عليه السلام سئل عن قوله تعالى الطلاق مرتان فاين الثالثة فقال او تسريح باحسان فسمي التسريح
طلاقا ويشترط فيها امور **الاول** الصريح **قال** قدس الله سره ولو قال انت
طالق او الطلاق او من المطلقات او مطلقة على رأي او طلقتك فلانة **أقول**
الطلاق لفظ انشائي وضعه الشارع سببا لإزالة قيد النكاح ابتداء اي من غير العباد
عن مخرج الفسخ بخيار كعيب او عتق والصريح لفظ مفرد هو حقيقة شرعية دال
بالمطابقة على إزالة قيد النكاح وقيل الصريح هو الذي لا يتوقف وقوع الطلاق به على
النية اي لا يتوقف على علامة غيره دالة على نية الطلاق به وقيل ما يحكم بوقوع

[في الهامش: اي سواء استمر الطهر الى ان يطلقها او رأت حيضا آخر بعد الطهر وطلقها حالة الحيض او في الطهر الثالث ه]

[في الهامش: مقدمة الصريح]

أي جميع ما تم

الطلاق بمجرده وقوعه من مكلف مختار عالم بوصفه على زوجته التي يصح ايقاع الطلاق بها
حال ذكره هو اشد من الثاني وتقابله الكناية اذا عرفت ذلك فنقول هنا مسائل
أ اذا عبّر الزوجة بلفظ يدل على التحقق وعقّبه بطالق كقوله انت طالق فهو صريح
باتفاق الكل ب القول بان لفظ الطلاق وكلما يشتق منه صريح ليس بصحيح لان
لفظ الطلاق وبعض ما يشتق منه ليس بانشاء بالضرورة وكلنا هو صريح انشاء
ج لو قال انت الطلاق او الطلاق لم يقع وان قصد به الطلاق لانه مصدر والذوات
لا توصف بالمصادر فكان مجازا واللفظ لا يدل على معناه المجازي الا بقرينة فكان
كناية ولا شيء من الكنايات يقع بها الطلاق د لو قال انت من المطلقات او انت مطلقة الاصح
انه لا يقع وهو اختيار المصنف والشيخ في الخلاف لانه ليس بصريح لعدم الاستشهاد في
عرف الشرع فيه ولانه اخبار لغة والنقل الى الانشاء على خلاف الاصل وقال الشيخ
في المبسوط انت مطلقة اخبار عما مضى فقط فان نوى به الايقاع في الحال فالاقوى
انه يقع وليس بجيد لان هذا اعتراف منه بانه كناية ولان الاصل بقاء النكاح فلا يزول
الا بما يثبت شرعا انه مزيل ه لو قال طلقت فلانة نقل عن الشيخ انه قال يقع وقال
المصنف انه حقيقة في الاخبار عن الماضي والنقل على خلاف الاصل قالوا الانشاء بلفظ
الماضي فهو اولى بالوقوع من قوله انت طالق قلنا نعم الانشاء في غير الطلاق بلفظ الماضي
واطراده في الطلاق فيأبى ويمنع الاولوية فان الرواية دلت على قوله طالق ولم تدل
على هذه اللفظة قال قدس الله سره ولو قيل طلقت فلانة فقال نعم هل يقع اقول
القائل بالوقوع الشيخ في النهاية وابن حمزة وابن البراج وقال ابن ادريس يكون اقرارا منه
بطلاق شرعي وهو اختيار الشيخ في المبسوط احتج الشيخ على قوله في النهاية برواية
السكوني عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام عن علي عليه السلام في رجل قال له
طلقت امرأتك فيقول نعم قال قد طلقها حينئذ ولان قوله نعم صريح في اعادة
لفظ السؤال على سبيل الانشاء والصريح في الصريح صريح ولان نعم صريح في الجواب
تابع للفظ السؤال فاذا كان صريحا كان الجواب صريحا فيما السؤال صريح فيه كما
اذا قال الحاكم لزيد في ذمتك مائة فقال نعم حكم عليه اجاب المصنف في
المختلف بان السكوني ضعيف عندي لا يعول على ما ينفرد به وقد ذكر محمد بن نصر
في كتاب الجامع عن محمد بن حكيم عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل قال لامرأته
انت حرام او بائنة او بتة او خلية او برية فقال هذا ليس بشيء انما الطلاق ان
يقول لها في قبل عدتها قبل ان يجامعها انت طالق ويشهد على ذلك رجلين
عدلين

عدلين والاصح عندي انه لا يقع بذلك قال قدس الله سره وفي النية اشكال اقول
منشأه من ان لفظه بطالق وقيام نعم المشيرة الى معنته مقام انت ومن رواية محمد بن مسلم ومن
ان صحة النية بوصف متاخر عن سوقه لكالوصف للموصوف فلا يكون سببا في ثبوته والاجود
واعلم ان الشيخ في موضع من المبسوط حكم بوقوع الطلاق به قال قدس الله سره ولا
يقع بالكنايات جمع وان نوى بها الطلاق الى قوله اعتدي وان نوى به على راي اقول
قد عرفت تفسير الكناية فيما تقدم وعندنا لا يقع الطلاق بالكناية لان السبب هنا رفعه الشارع
لا ان الوقف للنكاح فالمرتبة نص الشارع عليه لم تزل عصمة متيقنة من الشرع وهي النكاح
وذلك مثل سرحتك او فارقتك قالوا قال تعالى وسرحوهن سراحا جميلا واشباهه
كما تقدم فقد استعمله في الطلاق فيكون حقيقة فيه لانهم استدلوا بمجرد استعمال العرب
على الحقيقة كما استدل ابن عباس باستعمال لفظ الفاطر على معناه قلنا ما ذكرتم
لبيان اللفظ بل للفعل كقولهم حق الضيف ان يكرم او يسرح لا يعني ان يقال سرحتك
اذا عرفت ذلك فنقول اختلف الاصحاب في قوله اعتدي اذا نوى به الطلاق هل
يقع به ام لا الاكثر لا يقع به طلاق وقال ابن الجنيد يقع تمسكا بما رواه الحسن
الحلبي عن الصادق عليه السلام الطلاق ان يقول لها اعتدي او يقول لها انت طالق واجاب
الشيخ بان اعتدي معلول للطلاق فانه بانفراده لا معنى له لان لها ان تقول لم اعتد
فيقول لاني طلقتك فقام اعتدي بتقديم الطلاق فهو كاشف عن لزوم حكم الطلاق
فلا يكون هو الاداء وكلام ابن الجنيد لا يلتفت اليه ونرد روايته لحد التعارض القرآن قال
قدس الله سره او خيرها وقصد الطلاق فاختارت نفسها في الحال على راي اقول
اذا اختارها نفسها لم يقع اتفاقا وان اختارت عقيب قوله بلا فصل فالاكثر كالشيخ
انه لا يقع به طلاق وقال ابن الجنيد يقع وابن ابي عقيل يقع الطلاق به تمسكا بما رواه في
الصحيح حمران قال سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول المخيرة تبين من ساعتها من غير
طلاق ولا ميراث بينهما لان العصمة منها قد بانت ساعة كان ذلك منها
ومن الزوج والجواب انه يجوز ان يكون التخيير بسبب كتدليس او عيب
فلفظ المخيرة لا يدل على مطلوبهم واعلم ان التخيير من خصائص النبي عليه
السلام وهذه الرواية معارضة بما رواه الصادق عليه السلام انه ذلك حديث
قال وما للناس والخيار انما هذا شيء خص الله به رسول الله صلى الله عليه
وآله والحق عندي ان الطلاق لا يقع بشيء من هذه الالفاظ والقول بخلاف

ذلك قول ساقط ومن ثم لم افرع عليه **قال** قدس الله سره ولا يقع بالاشارة الا
مع العجز عن النطق كالاخرس وفي رواية يلقي القناع عليها **اقول** لا اشارة
من الاخرس معتبرة في وقوع الطلاق منه وهو اختيار المصنف والشيخ وابن الجنيد
وابن البراج وابن ادريس وهو الاصح عندي لانها تدل على كلما في ضميره وتقوم اشارته
مقام النطق في الناطق في جميع العقود والاقارير والدعاوي وسيأتي الشهادات
في موضعها وتنقسم الى صريحه تغني عن النية وهي ما يحصل الجزم بدلالتها وبما يقابلها
الكناية وفي رواية يقع الطلاق بالقاء القناع على رأسها وهي رواية ابي بصير عن
الصادق عليه السلم قال طلاق الاخرس ان يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها
ثم يعتزلها وهذا قول علي بن محمد بن بابويه وكذا روى السكوني والجواب المنع من
صحة السند وبجواز جعله مع الاشارة **قال** قدس الله سره ولا بالكتابة وان كان
غائبا على رأي ولو عجز عن النطق فكتب ونوى صح **اقول** المشهور انه لا يقع الطلاق
بالكتابة واختاره المصنف والشيخ في المبسوط والخلاف وابن ادريس وقال في
النهاية يقع وقال ابن حمزة يقع بالكتابة من الاخرس والغايب بشرط ان يكتب
بخطه ويشهد عليه ويسلم الى الشاهدين والانفاذ فيهما حتى يبعثا الى الزوجة ويعلما
المطلقة والشيخ لم يشترط ذلك كله احتج ابن حمزة برواية ابي حمزة الثمالي
في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن رجل قال لرجل اكتب يا فلان الى
امرأتي بطلاقها او اكتب الى عبدي بعتقه يكون ذلك طلاقا او عتقا فقال لا
يكون طلاق ولا عتق حتى ينطق به لسانه او يخطه بيده وهو يريد به الطلاق
او العتق ويكون ذلك منه بالاهلة والشهود ويكون غائبا عن اهله والجواب
المراد حالة الاضطرار ولعله او للتفصيل لا للتخيير ولمعارضة رواية زرارة
في الحسن قال قلت لابي جعفر عليه السلم رجل كتب بطلاق امرأته او بعتق غلامه
ثم بدا له فمحاه قال ليس ذلك بطلاق ولا عتاق حتى يتكلم به ولان سبب الكناية
وابت سببية اللفظ بالصيغة ولان لفظه حتى دلت على ابانة الملك
والنكاح اللفظ به فلو كان الكتابة سببا ايضا لزم تأخير البيان
عن وقت السؤال ولانه يكون قد اخذ واحدا بعينه مكان كل واحد وهو
غلط ولعصمته عليه السلم استحال عليه ذلك وحينئذ كان الشرط الثاني وهو
التخيير متفقا عليه عندنا لم نذكره هنا وعقبنا الاول بالثالث

الثالث

الثالث عدم التعقيب بالمبطل **قال** قدس الله سره فلو قال للطاهر المدخول
بها انت طالق للبدعة فالاقرب البطلان لان البدعي لا يقع عنده ليس بمقصود
اقول وقال الشيخ في المبسوط والخلاف يقع ويلغوا الضميمة والاقوى عندي
البطلان لانه لم يقصد الطلاق الرافع للنكاح ودلالة اللفظ تابعة للقصد
والارادة فاذا انتفيا ارتفع اللفظ لمعنى الجملة على عمرو **قال** قدس الله سره
اما لو قال نصفي طلقة او ثلثاية اثلاث طلقة فالاقرب الوقوع **اقول** وجه القرب ان
قوله انت طالق موجب للطلاق والضميمة بعد تمام الكلام لا اعتبار لها وبه قال
نجم الدين ابو القسم بن سعيد رحمه الله وقال الشيخ في المبسوط لا يقع لانه قصد طلاقا
متصفا ولا يمكن ذلك وهو الاقوى عندي **قال** قدس الله سره ولو قال انت
طالق قبل طلقة او بعدها او قبلها او معها لم يقع وان كانت مدخولا بها ويحتمل
الوقوع لو قال مع طلقة او قبل طلقة او بعدها او عليها دون قبلها طلقة او بعد
طلقة **اقول** هنا مسائل + اذا قال انت طالق قبل طلقة او بعدها طلقة
قال بعض علمائنا لا يقع لانه طلاق معلق على بعده لانه لم يقصد الطلاق مطلقا
بل قصد طلاقا موصوفا بكونه قبل طلقة فغير الموصوف لم يقع لعدم قصده اليه
والموصوف من حيث انه موصوف موقوف على شرط وهو باطل عندنا ولانه لم
يقصد باللفظ الطلقة المنفردة لان الكلام لا يتم الا باخره والاقوى وقوع
طلقة لان قوله انت طالق يكفي في الطلاق وتبطل الضميمة ولانه بمنزلة اول
مولود تلده فهو حر تحرر الاول ولم يشترط الثاني حصل اولا ولان قوله قبلها
طلقة او بعدها قصد لطلقة اخرى متضمنة بتنجيز المنجز وتبطل المتضمنة **ب** اذا
قال انت طالق قبلها طلقة قيل لم يقع لما مر وقيل يقع لانه قصد طلقتين منجز
ومتضمنة فيبطل المتضمنة وتنجز المنجز والاصح هنا انه لا يقع لان الدور
في الطلاق باطل سواء كان دور معية او دور تقدم باجماع علمائنا وهذا
دور لانه شرط في الطلقة المنجزة كونها بعد طلقة وفي المتضمنة كونها متعقبة
بطلقة ولانه قصد طلاقا مسبوقا بطلقة قبله فان وقع الاول المتضمنة
لم تقع المسبوقة لعدم محلها وهو الزوجية لانها بانت بالاول وان لم يقع
الاول في المتضمنة لم تقع المسبوقة لعدم الشرط ولانه قصد طلاقا باطلا لان
الطلاق المسبوق بآخر هو طلاق المطلقة فهو باطل وهذه المسألة كقوله

انما صدر كونها مدخولا بها اشاره الى خلاف بعض الجمهور ما صح الى يتم على المدخول بها الكون طلاق واحد كما لو قال انت طالق ثلاثا لو كان قبل الدخول لم تقع عليها الكون واحده بالاجماع ه

قبل طلقة

لانه لا يصح المسبوق حتى يصح الناجزة وبالعكس ودور معيته من ... لان صحة كل واحدة موقوفة على الاخرى

لعدم محلها وهو الزوجية لانها بانت بالاول وان لم يقع المتضمنة لم تقع المسبوقة ه

لله علي ان اعتق ثاني وليتلانه امتي ومن ثم فرق المصنف بين هذه وقوله بعدها طلقة ح لو قال طلقة معها احتمل البطلان لانه دور معية والاولى الصحة هنا وبطلان الضميمة **قال** قدس الله سره ولو قال انت طالق ثلاثا او اثنتين قيل يبطل وقيل تقع واحدة **اقول** الاول اختيار السيد المرتضى وابن ابي عقيل وابن جنيد وظاهر قول سلار والثاني اختيار الشيخ في النهاية وابن البراج وابن زهرة وابن ادريس والمصنف في المختلف وهو الحق عندي لنا وجود المقتضي وهو قوله انت طالق وانتفاء المانع اذ ليس الا الضميمة وهي لو كانت لا تنافيه ولما رواه جميل بن دراج في الصحيح عن احدهما عليهما السلم وقال سألته عن الذي يطلق في حال طهر في مجلس ثلاثا قال هي واحدة وفي الصحيح عن بكير بن اعين عن الباقر عليه السلم قال ان طلقها للعدة اكثر من واحدة فليس الفضل على الواحدة بطلاق **احتج** المرتضى بما رواه ابن ابي عقيل في الصحيح عن الصادق عليه السلم قال من طلق ثلاثا في مجلس فليس بشيء من خالف كتاب الله رد الى كتاب الله **والجواب** قوله ليس بشيء اشارة الى الثلاث ولا شك في عدم وقوع الثلاث **قال** قدس الله سره ولو قال زينب طالق بل عمرة طلقتا جميعا على اشكال ينشأ من اشتراط النطق بالصيغة **اقول** هذا الذي ذكره المصنف مقدمة مسلمة مجمع عليها عندنا ولا نزاع فيها هو كبرى الدليل وتقريره ان هذا لم ينطق في الثانية بالصيغة وكلما لم ينطق بالصيغة فطلاقه باطل ينتج طلاق هذه عمرة باطل اما الصغرى فلأن زينب مبتدأ وطالق خبره فقد تم الكلام وقوله بل عمرة لم يعقد بقوله طالق بل هو مضمر فيها ولا اعتبار بالاضمار في الطلاق واما الكبرى فلانها لا نم المقدمة المسلمة لان عدم الشرط يستلزم عدم المشروط فهذا احد وجهي الاشكال والوجه الآخر ان العطف ينزل منزلة النطق بالمعطوف عليه

المقصد الرابع الاشهاد **قال** قدس الله سره ولو اشهد من ظاهرهما العدالة وقع وان كانا في الباطن فاسقين لاحدهما وحلت عليهما على اشكال **اقول** يشترط شهادة العدلين اجماعا منا لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم فهل الشرط العدالة في الظاهر او في نفس الامر يحتمل الاول والا لزم تكليف ما لا يطاق ولعدم العلم بالعدالة في نفس الامر فيلزم عدم الحكم بصحة الطلاق

عندي صح

الطلاق البتة وقيل في نفس الامر لانها العدالة حقيقة والاصح انه لا تحل لها الا ان لا تكتفي بالعدالة الظاهرة اما هو فتحرم عليهما لامتناع العلم اليقيني منه اما هنا فعلم كل واحد بحاله ضروري له وهو يعلم بطلان ما دل عليه الظاهر فلا يجوز له التعويل عليه في حقه مع علمه بكونه غير مطابق لما في نفس الامر ضرورة **قال** قدس الله سره اما لو كان ظاهرهما الفسق فانه لا وجه للبطلان **اقول** لانهما فاسقان عنده وفي نفس الامر فلا يقع الطلاق بشهادتهما ومن ان الاعتبار في الظاهر والا لزم احد الامرين اما كون الطلاق صحيحا بالنسبة الى بعض المكلفين وباطلا بالنسبة الى بعض او تكليف ما لا يطاق واللازم بقسميه باطل فالملزوم مثله والملازمة وبطلان الثاني ظاهران فان قول المصنف تبين بطلانه في الاصول ولانه لولا صحته لحصل الاضرار بالمرأة اذ قد يتعذر ان تشهد فاسقين عنده وهما عدلان في الظاهر ويتعذر عليها اثبات فسقهما والضرر منفي بالخبر المتواتر والحق عندي البطلان لان امر الشارع الزوج باشهاد عدلين وهو يعلم عدم الوصف الذي هو شرط فلم يمتثل الامر لم يحصل الشرط والاقوى عندي ان العدالة في نفس الامر هي الشرط ولهذا الحكم بشهادة تمام شهادة البينة بفسقهما حال الحكم حكم ببطلانه ولكن جعل الشارع له علامات وحكم بالعدالة عندها ظاهرا الغير الاطلاع على ما في نفس الامر واذا ظهر بخلاف العلامات غير حكمه وحكم بان حكمه غير مطابق **قال** قدس الله سره ولو كان احدهما الزوج ففي صحة ايقاع الوكيل اشكال فان قلنا به لم يثبت **اقول** ينشأ من العموم ولان المأمور بالاشهاد هو مباشر الطلاق والمباشر هو الوكيل وقد اشهد عدلين ومن ان الموكل في الحقيقة هو المباشر لان الوكيل نائب عنه في ايقاع الصيغة والزوج هو المأمور بالاشهاد وهو يقتضي المغايرة بين الشاهد والمشهد وهذا هو الاقوى عندي ثم فرع على القول بالوقوع في نفس الامر انه لم يثبت عند الحاكم في صور منها ان ينكر الزوج فيبقى لها شاهد واحد فلا يثبت بقول الحاكم للزوج الانكار ويكون معاقبا على ذلك وهذا ظاهر ومنها بالنسبة الى نفي الولد لو ادعى الولد انه ولد عن نكاح للزوج فادعت الطلاق بحيث لا يلحق معه وشهد الزوج لا يسمع بالنسبة الى الولد ولو كان عنده بينة ومنها سوى الذي المعلق به على الغير

ولفيه ومواضع اخر وقد يثبت كالبنوة بالنسبة اليه مع دعواها لذلك
وخروجه عن الظهار والايلاء **المقصد الثاني** في اقسام الطلاق **قال**
قدس الله سره ولو طلق الحامل وراجعها جاز ان يطأها وبطلقها ثانية للعدة اجماعا
وفي السنة قولان **اقول** في هذه المسألة اقوال اربعة **آ** قول علي بن بابويه في
رسالته وابنه في المقنع وهو انه اذا راجع الحبلى قبل ان تضع ما في بطنها او يمضي
لها ثلثة اشهر ثم اراد طلاقها فليس له ذلك حتى تضع ما في بطنها وتطهر ثم تطلقها
ولم تفصلا **ب** شرط ابن الجنيد في الطلاق الثاني قبل الوضع وبعد الرجعة والمواقعة
مضي شهر من حال المواقعة وكذا في الثالث فتحرم بعده حتى تنكح زوجا غيره **ج** قول الشيخ	٢
الطوسي في النهاية واذا طلق الحبلى وهي مستبين حملها فليطلقها اي وقت شاء
فاذا طلقها واحدة كان املك برجعتها ما لم تضع ما في بطنها فاذا راجعها واراد
طلاقها للسنة لم يجز ذلك حتى تضع ما في بطنها فان اراد طلاقها للعدة واقعها ثم
طلقها بعد المواقعة وتبعه ابن البراج وابن حمزة **د** قول والدي المصنف قدس الله سره
انه يجوز طلاقها للسنة كما يجوز للعدة وهو اختيار الفقيه الفاضل محمد بن ادريس رحمه الله وهو
الاقوى عندي **احتج** ابن بابويه بما رواه اسماعيل الجعفي في الصحيح عن الباقر
عليه السلم قال طلاق الحامل واحدة فاذا وضعت ما في بطنها فقد بانت منه وبما
في الصحيح عن ابي بصير عن الصادق عليه السلم قال الحبلى تطلق تطليقة واحدة
وبما رواه منصور الصيقل عن الصادق عليه السلم في الرجل يطلق امرأته وهي حبلى
قال يطلقها قلت فيراجعها قال نعم يراجعها قلت فانه بدا له بعد ما راجعها
ان يطلقها قال لا حتى تضع **اجاب** الشيخ عن الروايتين الاولتين بان المراد
بقوله واحدة الوحدة الصنفية والمراد بالطلاق طلاق العدة اي لا تقع بها
الا صنف واحد من الطلاق وهو طلاق العدة لما رواه اسحق بن عمار قال قلت
لابي ابراهيم عليه السلم الحامل يطلقها زوجها ثم يراجعها ثم يطلقها الثالثة قال تبين
منه ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وهو الجواب عن الثالثة **احتج** ابن الجنيد
للعدة ج بما رواه يزيد الكناسي قال سألت الباقر عليه السلم عن طلاق الحبلى فقال يطلقها
واحدة بالشهود والشهود قلت فله ان يراجعها قال نعم وهي امرأته قلت
فان راجعها ومسها ثم اراد ان يطلقها تطليقة اخرى قال لا يطلقها حتى يمضي لها
بعد

بعد ما مسها شهر الحديث وجعل في تمام الحديث التطليقة الثالثة بعد شهر ايضا والجواب
بمنع صحة السند واحتج المصنف بعموم الآيات كقوله تعالى فان طلقها الطلاق
مرتان قال نجم الدين بن سعيد **رحمه** الله الاعراض عن اخبار الآحاد والالتفات
الى ما دل القرآن عليه من جواز طلاقها مطلقا قال المصنف في المختلف قدس الله سره
طلاق السنة والرجعة واحد وانما يصير للسنة بترك الرجعة والمواقعة وللعدة
بالرجعة في العدة والمواقعة فاذا طلقها لم يظهر اي بالطلاق انه لايهما هو وانما
يظهر بأحد الامرين اما بالرجوع قبله والمواقعة وهو علامة العدة او بالوضع قبل
الرجوع وهو علامة السنة هذا المراد ولم يرد انه لا يظهر واحد منهما الا بعد الوضع
كما قد يقع في اوهام بعض الجاهلين وبعد الوضع يكون قد ظهر كل منهما ثم قال المصنف
في المختلف ان اراد الشيخ ذلك فهو حق ويحمل الاخبار قوله جاز ان يطأها
ويطلقها ثانية للعدة اجماعا المراد به اجماع اهل العصر الثالث اي بعد عصري ابن بابويه
وابن الجنيد لانقراض المخالف فيه واجماع اهل العصر حجة خصوصا على مذهب الامامية
فلهذا اطلق القول بالاجماع **واقول** على قول الشيخ يلزم احد امور ثلاثة
اما ان يجعل حصول وصف السنية والعدية بالمقارنة او الرجعة سببا للعدية
بيان الملازمة ان الطلاق جنس وقد وقع فقد تشترك بين صنفيه اعني العدي
والسني بالمعنى الخاص فالمميز يحصل باحد الوصفين اما المقارنة او الرجعة والمواقعة
في العدة او غيرهما وهي كاشفة والحصر استقرائي اجماعا والاول ان لعدم
لعدم النص على السنية ولم يقل به احد والثاني يستلزم الدور فتعين الاخير وانما
طولنا الكلام في هذه المسألة لانها موضع اشتباه على من تعرض لها من العوام **قال**
قدس الله سره ولو طلق الحامل ثم راجعها فان واقعها فطلقها في طهر آخر صح اجماعا وان
طلقها في طهر آخر من غير مواقعة فالخلاف **اقول** الروايتان المذكوران
احداهما رواية عبد الحميد بن عواض ومحمد بن مسلم في الصحيح قالا سألنا ابا عبد الله عليه
السلم عن رجل طلق امرأته واشهد على الرجعة ولم يجامع ثم طلق في طهر آخر على
السنة اتثبت التطليقة الثانية بغير جماع قال نعم اذا هو اشهد على الرجعة ولم يجامع
كانت التطليقة ثابتة فهذه الرواية دالة على الوقوع ولانها اسند بعدله فالاصح الوقوع
وهو قول معظم الاصحاب والرواية الثانية وهي الدالة على عدم الوقوع رواية
ابي بصير عن الصادق عليه السلم قال المراجعة في الجماع والا فانما هي واحدة
والاولى اصح في السند ولاعتضادها برواية احمد بن محمد بن ابي نصر في الصحيح
قال سألت الرضا عليه السلم عن رجل طلق امرأته واشهد شاهدين ثم راجعها ولم

من كتاب الرجال للعلامة عبد الحميد بن عواض الطائي الكوفي ثقة

جامعها ايحتاج الى الرجعة حتى طهرت من حيضها ثم طلقها على طهر ثالث هل تقع عليها
الطلقة الثالثة وقد راجعها ولم يجامعها قال نعم وهذا القول هو الصحيح
عندي وعند والدي وجدي وعدم الوقوع قال ابن ابي عقيل لنا انها
زوجة وكل زوجة يصح طلاقها اما الاولى فاجماعية واما الثانية فلانه لولاه لم تحل الرجعة
ولم يصح واما الثانية فلعموم الاية والجواب عن الرواية الثانية ان المراد بقوله
المراجعة في الجماع الى آخره في طلاق العدة لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح
عن الباقر عليه السلام قال سالته عن الرجعة بغير جماع تكون رجعة قال نعم
قال قدس الله سره وكذا لو وقع الطلاق قبل المواقعة في الطهر الاول بعد
آخر فيه على اقوى الروايتين لكنه لا يكون طلاق العدة اقول
الرواية الاولى وهي اقوى رواية اسحق بن عمار عن ابي الحسن عليه السلام قال قلت له
رجل طلق امراته ثم راجعها بشهود ثم طلقها ثم بدا له فراجعها بشهود ثم طلقها
بشهود تبين منه قال نعم قلت كل ذلك في طهر واحد قال تبين منه والرواية
رواية الثانية عبد الرحمن بن الحجاج قال قال ابو عبد الله عليه السلام في الرجل يطلق امراته
له ان يراجعها قال لا يطلق التطليقة الاخرى حتى يمسها وانما كانت الاولى اقوى
من حيث السند ومن حيث اعتضادها بعموم القران والاخبار الصحاح ولتعلم
ان الطلاق لفظ مشترك لا يلزم من ورود الاثبات والنفي عليه تناقض لجواز
منه اختلاف المعنيين فاذا كان الجمع بين الاخبار لا يتم الا به وجب حمل كل لفظ على
معنى غير المعنى الذي حمل عليه اللفظ الآخر وحمل بعضهم الطلاق الممنوع على طلاق
العدة لانه المشروط فيه الوطي قال الشيخ نجم الدين ابو القسم بن سعيد رحمه الله وهو تحكم
لان شرط العدي الوطي لكل رجعة منه في العدة وههنا شرط سبق الوطي
وليس شرط في طلاق العدة فيلزم هذا القائل انه اخذ عين الشرط مكانه قوله لكن
الاولى ان يحمل الطلاق على الاطلاق المراد به الرجعي عن الذي من السنة وذلك
لارتفاع الخلاف به قال قدس الله سره د المختلعة ما لم ترجع في البذل فاذا
رجعت في العدة ايتها رجعيا بمعنى ان للزوج الرجوع في البضع وحل بعده
وجوب الانفاق وتحريم الرابعة والاخت للاول لا لكن مطلقا وفي النفقة مع العلم
الطلاق مع صحة اقول ملك الزوج الرجعة الى النكاح بعد رجوعها اجماعي لكن
بقي الاشكال في ثبوت باقي احكام الرجعي كتحريم الرابعة والاخت للاقرب ذلك
مطلقا اي سواء علم برجوعها او لا ... تحريم انه لم يعلم الا بعد
تكلم

تكليف الغافل قلنا بمعنى بطلان العقد عليها لو طهر انه وقع بعد رجوعها الا ان
ملك الرجعة هو اقوى مراتب الامكان الا انه فعلا دخل في تحقق نكاحها
بالفعل وهذا لا يتوقف على رضاها ولا على شيء الا على قوله راجعت في النكاح
فيحصل تحقق الوجود بالفعل بالفعل وهذه المرتبة شروطه سبق جميع المنافيات
للفعل ونكاح الخامسة من جملته ووجود المشروط يقتضي امتناع منافي
الشرط ولان معنى الطلاق الرجعي ما ملك الزوج فيه الرجعة وهذا لا يكتفيه
الرجعة فيكون رجعيا ويحتمل العدم لان المحرم الجمع في النكاح بالفعل لقوله
تعالى وان تجمعوا بين الاختين وجواز الرجعة ليس بنكاح حقيقة ولان الطلاق
الرجعي هو ما ملك الرجعة فيه بنفس ماهيته طلاق لا بامر آخر وههنا ليس كذلك
فان جواز الرجوع حكم شرعي حصل بسبب آخر متاخر عن الطلاق وبنفس آخر فلا
يكون هو هو لان ما بالذات لا يكون بالغير قطعا وهذا الاحتمال ضعيف واما
النفقة فشرط وجوبها العلم بالرجوع لانه لو لم يعلم بالرجوع لاشتراط التمكين
فيه ولا يحصل الا بالاعلام فقبله ليست ممكنة فلا تستحق نفقة اما المقدمة الاولى
فلاشتراطه في الزوجة حقيقة ففي الرجعية اولى واما الثانية فظاهر لانه بالطلاق
البائن انقطع النكاح وتوابعه من التمكين ولم يعلم رجوعها والاصح عندي ما اختاره
المصنف هنا في تحريم الخامسة والاخت اما النفقة والتوارث في العدة فلا لان
المقتضي له فقد زال بالطلاق ولم يوجد سبب ... بثبوته بخلاف نكاح الاخت مثلا
فانه يحرم علاقة النكاح **المقصد الثالث** في لواحقه وفيه فصول **الاول** في طلاق
ع في المريض وهو مكروه قال قدس الله سره ويتوارثان في العدة الرجعية دون البائن
ارثها في مرضها الى سنة ما لم تتزوج وفي الامة والكافرة اشكال اقول يعني
الامة لو اعتقت والذمية لو اسلمت بعد الطلاق في العدة ومنشا الاشكال
عموم النص ومن عدم العلة فان الميراث انما يثبت للتهمة وهو انه انما اخرجها
من الارث ومشاركة الوارث فعامله الشارع بنقيض مطلوبه والتهمة منتفية
والحق عندي انه لا ارث لها لان النكاح الحقيقي لم يوجب لهما الميراث فكيف
الطلاق والاحتمال عندي ساقط قال قدس الله سره ولا ميراث مع
اللعان والفسخ للردة او التحريم المؤبد المستند الى الرضاع وفي المستند
الى اللواط نظر اقول البحث هنا في مقامين آ كيف يتحقق الفسخ في
اللواط وانما يتاتى على القول بانه يحرم لاحقا او نقول التحريم المؤبد بعد الطلاق
ويكون ... او تجدد التحريم ليس ... على الرد بل على البيع ...

ولا ميراث مع اللعان ولا الفسخ المتجدد ولا لتجدد التحريم بعد طلاق مؤبد
بالرضاع او باللواط لان اللواط قبل الطلاق لا يحرم على قول انما بعد الطلاق
للبائن فيحرم مطلقا وحينئذ النظر على التقدير الاول وهو انه يكون قد فسخ نكاحها
باللواط على القول به والنص انما جاء في الميراث في صورة الطلاق وهذه
خارجة عنها فلا يتناولها النص والاصل عدم الميراث بعد البينونة لانتفاء السبب
فيلزم نفي المسبب خرج عنه صورة النص بالاجماع فيبقى الباقي على الاصل ومن وجود
العلة في الطلاق وعندي الحق على تقدير الفسخ المتجدد ان لا ارث لانه ليس بصورة
النص والقياس باطل لكن هذا التقدير لا يتم عندي وعلى التقدير الثاني من وجود
علة الارث وهو الطلاق والتهمة وعدم المانع اذ الاصل عدم ما يفيد اللواط
ومن حيث ثبوت التهمة وهو عندي ضعيف والاقوى الاول على التقدير الاخير
قال قدس الله سره وفي العيب اشكال ان كان من طرفه **اقول** المراد ان كان
في المرأة عيب ففسخ الزوج المريض النكاح هل ينزل منزلة الطلاق في ارثها الى
سنة استشكله المصنف قدس الله سره من حيث وجود العلة في الطلاق وهي
التهمة ومن حيث انه ليس بصورة النص والحق عندي انه لا ارث به اما اولا فلانتفاء
لرجحان التهمة في الطلاق ورجحان العيب في الفسخ وعدم رجحانها هيهنا
واما ثانيا فلان كلما هو خلاف الاصل يقتصر فيه على موضع النص وارث المطلقة
خلاف الاصل واما ثالثا فلان الشارع اذا علق حكما بوصف وان كان
مظنة الحكمة لم يعتبر تلك الحكمة بل الوصف ان ثبت ثبت الحكم وان انتفى انتفى ولا ٢
اعتبار مع انتفائه بثبوت الحكم **قال** قدس الله سره ولو ارتدت المطلقة ثم تابت في
السنة بعد عودها اشكال اقربه عدم الارث **اقول** وجه القرب في ارثها
وجود المقتضي وزوال المانع وهو الردة واما في ردتها فلان فعلها لا يقطع الميراث
ويحتمل عدم الارث لان الردة قاطعة للميراث فلا يعود الا بنكاح فلم يوجد

المطلب الثاني في الرجعة مقدمات آ الرجعة نكاح دائم زال بطلاق
يملك الزوج رفعه في العدة **ب** الاصل في الرجعة الكتاب والسنة والاجماع
فاما الكتاب فقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وقال تعالى فاذا بلغن اجلهن
فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف وقال تعالى فاذا بلغن اجلهن فلا
تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن دل سياق الآيتين على اختلاف معنى البلوغين
واحدهما

ان التحريم المؤبد حاصل باللواط وهو مناف للنكاح لغاية فلا تأثير او لا والارث من آثاره فمن نوع والطلاق مع التهمة غير رافع للميراث النكاح لا بقي علة لا موجب له ولان ارث المطلقة بعد السنة على خلاف الاصل كما قلناه ح

واحدهما حقيقة والاخر مجاز فالمراد بالبلوغ الاول مقاربته البلوغ اي
مقاربة انقضاء العدة فانه يسمى بلوغا مجازا كما تقول القاصد الى البلد اذا
قاربه بلغته وهو مشهور في لسان العرب والمراد بالثاني انقضاء العدة وهو حقيقة
واما السنة فالاخبار المتواترة في هذا المعنى كثيرة **ج** الرجعة جائزة بشرطين
آ ان لا يكون الطلاق بائنا لانه ان كان بائنا فلقوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره واما الطلاق الذي لا عدة له فلان الرجعة انما هي في العدة لقوله تعالى
فاذا بلغن اجلهن اي قاربن باجماع العلماء فاذا لم يكن عدة لم يكن رجعة وان كان الطلاق
بعوض فلما يأتي في الخلع **ب** ان تكون العدة باقية فلو انقضت عدتها فلا رجعة
له لانه لا يحل نكاحها الا بعقد جديد لقوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن الآية
فالضابط ان كل طلاق يستعقب عدة ولا عوض فيه ولم يستوف به عدد الطلاق فان
الرجل يملك به الرجعة في العدة **قال** قدس الله سره والاخرس بالاشارة الدالة
عليها وقيل باخذ القناع من راسها **اقول** الاول هو المشهور وهو اختيار المصنف
والشيخ وابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس والثاني قول علي بن بابويه في رسالته وابنه الصدوق
في المقنع لان طلاق الاخرس بان يأخذ مقنعتها ويضعها على راسها ثم يعتزلها وضد العلامة
علامة الضد اما الاولى فلما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام قال طلاق الاخرس ان
يأخذ مقنعتها ويضعها على راسها ثم يعتزلها واما الثانية فظاهرة والمقدمتان ممنوعتان
قال قدس الله سره ولو كذبها مولاها في دعوى رجعتها على وقوع الرجعة في العدة
وادعى خروجها قبل الرجعة لم يقبل منه ولا يمين على الزوج لتعلق النكاح بالزوجين
على اشكال **اقول** ينشأ من اصالة البقاء في زمان العدة والطلاق وتقرير ما قاله المصنف
ان الزوج يملك الرجعة من غير اعتبار رضا المولى لقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن
فلا تقبل دعوى المولى في ذلك ولا يمين على الزوج للمرأة لتصادقهما ولا للمولى لعدم
اعتبار رضاه وفيه نظر لان مع بقاء العدة لا يعتبر رضا المولى والكلام فيه والحق
انما هو للمولى ولان النكاح في الامة حق للمولى لا ملكه الجارية ولا العبد
فاذا زوج السيد جاريته ملك الزوج البضع وتعلق النكاح بالزوجين
والقطع حق المولى لانه ليس له فسخه بوجه وانما ملكه منافع البضع بسبب ملك
الرقبة وقد زال بسبب تسببها بالنكاح فاذا طلقها رجعيا لم يرجع حق

السيد في النكاح فكان قول الزوج مقدما وانما لم يكن عليه يمين لان دعوى البضع
لا تسمع الا بدعوى سببه اما العقد او ملكه الرقبة ودعواه اشتغالها عن سببه
لا تسمع والاول منتف هنا والثاني ليس محل النزاع ولان سببيته قد انقطع
وشرط عودها عدم الرجعة فالدعوى سببيته لا غير وهو امر يجعل الشارع
لا تعلق له بهما وفيه نظر لان الدعوى هنا في الرجعة وعدمها وهما من اسباب النكاح
قد عرفت البضع هنا تابعة لدعوى السبب **قال** قدس الله سره ولو ارتدت بعد الطلاق
ففي المنع من الرجعة اشكال ينشأ من كون الرجعة زوجية ومن عدم صحة الابتداء
بها فكذا الرجعة فان رجعت رجع في العدة ان شاء **اقول** وينشأ ايضا من ان
الرجعة اثبات لما صار بالقوة بالفعل فان الطلاق اذا رفع النكاح بالفعل
وصار بالقوة القريبة من الفعل اقرب مراتب الاستعداد والرجعة سبب
فاعلي لحصوله بالفعل ويشترط في تحقق الاثر عن الفاعل قبول المحل وبالارتداد
زال القبول بالكلية لانها تزيل النكاح الثابت بالفعل وتحرمه فازاله اقرب
مراتب الاستعداد اولى ولان الرجوع تمسك بعصمة الكافرة وهو منهي عنه
نهي فساد لقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر ومن ان الارتداد يمنع ابتداء
النكاح ولا يوجب زوال الاستدامة الا بعد خروج العدة ولان خروج العدة
اما كاشف او سبب وعلى الثاني يصح وعلى الاول فقط ظهر باسلامها عدم
تاثير الردة والاقوى عندي صحة الرجوع فان اسلمت في العدة والا بطل لان
المطلقة رجعية زوجة والرجعة استدامة الزوجية والردة لا تنافي
الاستدامة الا مع استمرارها الى بعد العدة فعلى الصحة يكون موقوفة
فان رجعنا في الاسلام قبل انتهاء العدة تبينا صحة الرجعة والا لم تصح **قال**
قدس الله سره وكذا الاشكال لو طلق الذمية والاقرب جواز الرجوع ولو منعنا
الرجعة او نقل الى اخرى بعد الاسلام **اقول** وجه القرب ان الرجعة استدامة
لا ابتداء والممنوع منه الابتداء ومن حيث ان الطلاق اذا رفع النكاح والرجعة
تعيده فتقتضي ثبوته فاما ان يثبت بالرجعة عين النكاح الاول او غيره والاول
محال لاستحالة اعادة المعدوم والثاني يكون ابتداء لا استدامة والاصح
عندي الاول لان الرجعية زوجة ولهذا ثبت لها احكام الزوجية ولانه
يحرم الوطء ابتداء من غير تلفظ بشيء ولا شيء من غير الزوجة
كذلك

والمعمول الاول ملاك [illegible]

كذلك اجماعا ولجواز الرجعة عليها اولا فان صدقته لم تقبل على المحرم واليعود
له ابتداء النكاح **قال** قدس الله سره ولو ادعى الرجعة عليها او لا فان صدقه
لم تقبل على الثاني وفي الرجوع بالمهر اشكال ينشأ من انها اقرت ومن انها
فوتت وان كذبت حلفت ان قلنا بالغرم والا فلا **اقول** الاقوى عندي الرجوع
لانها فوتت عليه ما ملكه بعوض الى وثبت ذلك العوض **قال** قدس الله سره ورجعتها
صريح الرجعة راجعت وارتجعت والاقرب في رددتها الى النكاح وامسكتها
الصحة مع النية **اقول** هنا مسائل آ قوله راجعت ورجعت وارتجعت
صريحة في الرجعة بالاجماع واعلم ان مرادنا اذا اتصلت هذه الالفاظ بضمير او اسم كان
كقولك راجعتك فلانة او راجعتك فاما مجردها فلا لانه لا يفهم انها لا تعني ب رددتها
هل هو صريح ام لا قيل نعم لوروده في القرآن لقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن
وقال تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان والرد والامساك مفسران بالرجعة
وقال النبي صلى الله عليه وآله ارددها الى رجعها الحديث وقيل لا لانه لا يشتهر في الوضع الشرعي
ولم يتكرر فلم يساو الرجعة ج في قوله امسكتها هل صريح لقوله تعالى فامساك بمعروف
او تسريح باحسان وفسر الامساك بالرجعة د هل تصح الرجعة بقوله تزوجتها الى
النكاح او امسكت نكاحها مع النية الاقرب عنده والذي اختاره المصنف قدس الله سره الوقوع
اما على القول بانهما صريحان فلا كلام واما على العدم فلانها كناية وتصح بالكناية مع
النية لدلالتها على الرجعة ولانها تصح بالفعل فلا تعتبر صيغة معينة كما ذكرت
بالكناية لانها اذا صحت بالفعل لدلالته على الرضا فباللفظ اولى وقيل لا لان الاسباب
الشرعية انما هي بوضع الشارع ولان الكناية انما تعتبر بها قرينة تزول معها الاحتمال
اولا والاول صريح والثاني يكون لغوا ولا دلالة للعام على الخاص وقيل هنا الامساك
ليس فيه دلالة على استمرار ما فات والاعادة مما زال بل هو حقيقة في الاستدامة
والاستصحاب لما هو متحقق وبه فسر قوله تعالى امسك عليك زوجك والنكاح
ليس متحققا بالفعل والمتحقق هو عدم النكاح عدم الملكية والاقوى اختيار والدي
قال قدس الله سره وفي التزويج اشكال **اقول** الاشكال في قوله تزوجتك او
نكحتك فيحتمل كونه صريحا لانهما صالحان لابتداء العقد والحل فلان يصلحا
للرجعة اولى ولانهما يصلحان سببا لاباحة النكاح في محل

كان معقد وما عقد فلان نقلها لا شائه في محل هو فيه بالقوة القريبة من الفعل اعني اقرب مراتب القوة بحيث تكون بعدها الفعل بلا فصل اولى ويحتمل عدمه لانهما صريحان في ابتداء النكاح وما هو صريح في شيء بالانفراد لا يمكن ان يكون صريحا في غيره كذلك ولان الصريح هو المستعمل في معنى وضع له على سبيل الحقيقة ويعلم من اهل ذلك الاصطلاح ويعتاد ويشتهر استعماله بينهم في ذلك المعنى بحيث لا يحتمل النقيض ولم يعلم استعمال اهل الشرع لهذين اللفظين في الرجعة ولا اشتهر ذلك ولا اعتيد فلا يكون صريحا ولان الرجعة يلزمها عدم اشتراط الزوجية ومنافي اللوازم يدل على منافي الملزومات فمعناهما الحقيقي مناف للرجعة فلا يدل لفظه عليه ولا يشار به اليه ولانه صيغة تخاطب بها الاجنبية فيكون تعريضا للطلاق لا الرجعة واقول لا احتمال قائم في العقد بالخاطب وقبوله موجبان النكاح ابتداء فالاصح عندي صحة الرجعة بل هو اكد

قال قدس الله سره وكذا لو عقدت الحل ودفعت التحريم اقول هذا عطف على قوله رددتها الى النكاح والكلام في كونهما صريحين او كنايتين وفي حصول الرجعة بهما مع النية اما الاول فعندي للاشكال لان اعادة الحل ليس من فعله ولا رفع التحريم لانه من فعل الشارع بل فعله في سببه ولم يشتهر ان قوله هذا سبب لعدم استعماله شرعا واعتياده بينهم والاقوى عندي انه لو قال اعدت حل نكاحك الى فهو صريح وكذا لو قال رفعت تحريم نكاحك عني والا فلا واما الثاني فالاقوى حصول الرجعة بهما مع النية لانهما ان كانا صريحين فظاهر وان كانا كنايتين فقد تقدم ان الكناية مع النية تحصل بها الرجعة قال قدس الله سره و لو ادعى الرجعة في وقت امكان انشائها وقدم قوله مع احتمال تقديم قولها لحبسه الفعل اقرار انشاء اقول قوله في وقت امكان انشائها راجع الى قوله ولو ادعى واعلم ان هذا الحكم يبنى على مسئلة هي ان اقراره بالرجعة على تقدير عدم سبقها هل هو رجعة اولا فان قلنا انه رجعة فلا نزاع بينهما ولا الكلام في قبول قوله لانه بهذا الكلام حصلت الرجعة قد زمنا اولا وان قلنا انه ليس برجعة فيجيء هذا الاختلاف ووجه كونه رجعة انه يدل على حصولها في الماضي واستمرارها في الحال والاستقبال فيدل على ما دل عليه رجعت وزيادة ووجه

عدم

عدم كونه رجعة ان الرجعة انشاء وسبب ولا يحتمل الصدق والكذب والاخبار لا يصلح للسببية ويحتمل الصدق والكذب ولان الاخبار عن الشيء لا يصلح ان يكون سببا موجبا له لان الاخبار عن الشيء متاخر عنه بالذات وان تقدم بالزمان فلو كان سببا لتقدم عليه بالذات ايضا فيلزم الدور وهما متضادان ولا يمكن ان يكون دالا على الخبر والانشاء لانه يقتضي عود الزوجية بعد هذا اللفظ والاخبار لحقائقه والاستدامة يقتضي عدم حصولها الا به وكونا فيهما ظاهر ولان مدلوله سبقه عليه واستقاء السببية عنه ولا يكون سببا لان دلالة الالفاظ تابعة للارادة اذا تقرر ذلك فنقول على تقدير عدم كون الاقرار رجعة يحتمل تقديم قوله لانه اخبر عن فعل له فعله بالاستقلال في زمان له فعله وكان قوله مقدما فيه ويحتمل تقديم قولها لانها منكرة والاصالة عدم الرجعة اورد لو لم يقدم قوله لا يتعذر منه الرجعة لان على قوله كل رجعة يصدر عنه تكون باطلة لانها تحصيل للحاصل ورجعة لزوجة قد رجعت قبل ولا طلاق واقرار العقلاء على انفسهم جائز والجواب يمنع الاستحالة لجواز الكذب وصحة اقرانه به قال قدس الله سره ولو ادعت انها لم ترض بعقد النكاح ثم رجعت فالاقوى القبول لحق الزوج اقول الاقرب القبول لانها اقرت لحق ويحتمل عدمه من حيث تناقض الكلامين والاقوى الاول لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز **الفصل الثالث** في الحلل والنظر في امور ثلاثة **الاول** من يتبع به التحليل قال قدس الله سره فاذا طلقت مرة او مرتين ثم تزوجت فهي تحرم ثلاثا وان لم يتم ذلك اقول قاعدة اذا راجع المطلقة الرجعية تعود اليه النكاح بما بقي من الطلقات وكذا ان فارقها بطلقة او طلقتين وبانت منه ثم تزوجها بعد خروج العدة قبل نكاح زوج اخر او بعده وقيل للاصحاب انما الو نكحها زوج اخر بعقد جايز ووطيا محللا لو وقع بعد ثلاث فهي المسئلة المختلف فيها وقد ذكر المصنف فيها روايتين الروايات الاولى رواية الهدم رواية رفاعة عن موسى النخاس قال سئلت ابا عبد الله عليه السلم رجل طلق امراته تطليقة واحدة فبانت منه ثم تزوجها اخر فطلقها على السنة فبانت منه ثم تزوجها الاول على كم هي قال على غير شيء ثم قال يا رفاعة كيف اذا طلقها ثلاثا ثم تزوجها ثانيه استقبل

الطلاق فاذا طلقها واحدة كانت على اثنتين ويعضد هذه الرواية رواية عبد
الله بن عقيل بن ابي طالب ان عمر قضى انها تبقى على ما بقي من الطلقات فقال امير
المؤمنين عليه السلم سبحان الله ايهدم ثلاثا ولا يهدم واحدة وتعضدها
ايضا الشهرة فانه بهذا افتى الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف وابن البراج وابن
حمزة وابن ادريس وهو الذي المصنف قدس الله سره والرواية الثانية رواية حماد الحلبي في
الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن رجل طلق امرأته تطليقة واحدة ثم
تركها حتى انقضت عدتها فتزوجت زوجا غيره ثم مات الرجل او طلقها فراجعها
قال هي عنده على تطليقتين باقيتين **يج** الاعتبار في عدد الطلاق عندنا
بالمرأة فالعبد يملك ثلاث طلقات للحرة والحر يملك طلقتين وعليه نص علي عليه السلم
لقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان وهو للحرة لقوله
تعالى ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا ان يخافا ان لا يقيما وليس الاعطاء
للامة بل لمولاها فهو للحرة وخلاف الشافعي بتطليقه رقا مدفوع بما روي عن مظاهر بن
اسلم عن القسم بن محمد عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال طلاق الامة
طلقتان وعدتها حيضتان فجعل طلاقها معتبرا بها كالعدة قال ابو الخطاب والحل
لكم ان تجمعوا للازواج والحدائق هو للحر ولذلك يمنع كونه خطابا للازواج بل هو
لمن الادام بحاله سلمنا لكن يمنع ايضا العطف المخصص اذ العرف لكن فيقول
فكلما اوقع الزوج كملا عليك من طلقات الزوجة فالتمام حرمت عليه الا بالمحلل
لا في تسع العدة **الثاني المحلل** **قال** قدس الله سره ويشترط فيه ان يكون بالغا فلا اعتبار
بوطي الصبي وان كان مراهقا على اشكال **اقول** جوز ابن الجنيد والشيخ في المبسوط
والخلاف تحليل المراهق وهو الذي بلغ زمانا يقارب زمن البلوغ ويمكن فيه
عادة البلوغ بغير السن وحده قوم بعشر سنين وشرط ابن حمزة في المحلل البلوغ واحتج
الاولون بالعموم قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره لنا ان الصبي لا اعتبار بفعله
لقول الرضا عليه السلم حين سئل عن رجل طلق امرأته الطلاق الذي لا تحل له حتى
تنكح زوجا غيره فتزوجها غلام لم يحتلم قال لا حتى يبلغ ولقول النبي عليه السلم
للمرأة التي طلقها رفاعة ثلاثا اتريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى تذوقي
عسيلته ويذوق عسيلتك ولا يتحقق ذلك الا في البالغ اذا وطي في القبل
مغيبا

وحمل الشيخ رحمه الله هذه الرواية وما ورد مثلها على ان الزوج الثاني ان لم يكن دخل بها او كونه غير بالغ او كونه متعة قال في المختلف لا باس بهذا الجمع والاعتضاد باصالة الاباحة

ولا كل المتعة

مغيبا للحشفة والعسيلة قال ابو عبيد القسم بن سلام انها لذة الجماع وذهب آخرون
الى انها الانزال وقيل على الاول اجماع الفقهاء **الثالث في الاحكام** **قال**
قدس الله سره لو انقضت مدة فادعت الزوج والمفارقة والعدة قبل مع
الامكان وان بعد وفي رواية ان كانت ثقة **اقول** قوله وفي رواية اشارة
الى رواية الحسين بن سعيد عن حماد عن ابي عبد الله عليه السلم في رجل طلق امرأته ثلاثا فبانت
منه فاراد ان يراجعها فقال لها اني اريد ان اراجعك فتزوجي زوجا غيري فقالت
قد تزوجت زوجا غيرك وحللت لك نفسي ايصدقها ويراجعها كيف يصنع قال
اذا كانت المرأة ثقة فقد صدقت في قولها **قال** قدس الله سره ولو ادعى المحلل
الاصابة فانكرت صدقت وحلت للاول وان كذبها فالاقرب العمل بقولها لتعذر
اقامة البينة عليها وقيل يعمل بما يغلب على الظن من صدقه وصدقها **اقول** الاول
اختيار المصنف وهو الاقوى عندي لانها تصدق في شرطه وهو انقضاء العدة فتصدق
في سببه ولانها لو لم يكن القول قولها لزم الحرج لتعذر سماع قولها بالكلية
وهو حرج عظيم لجواز موت الزوج قبل استعلامه او عناده ولانه اجنبي لا تعلق له
بانقضاء حقه بانقضاء العدة او لكون البينة عليها ولكنه متعذر في الاغلب وهو اعظم
حرجا والثاني قول الشيخ في المبسوط لان الظن مناط للاحكام الشرعية **المقصد الرابع**
في العدد وفيه فصول **الاول** في غير المدخول بها لا عدة على من لم يدخل بها الزوج من
طلاق او فسخ **مقدمات** العدة بكسر العين وفتح الدال المهملة وتشديد
الدال مدة مقدرة باصل الشرع بالاشهر او الاقراء او الحمل يوجبها رفع النكاح بعقد
بالموت مطلقا وبعد الدخول بحدث او وطء محرم لا لخنثية يحرم فيها على المرأة
نكاح غير من هي عنه ويملك الزوج فيها الرجعة في الرجعي **مسألة** الاصل فيها
الكتاب والسنة والاجماع اما السنة فكثيرة مشهورة متواترة والاجماع ثابت واما الكتاب
فقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهي اول ما نزل من العدد وقوله
تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة اشهر واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان
ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن
ونزلت عدة الوفاة مخالفة لعدة الطلاق في قوله والذين يتوفون **ح** الاصل
فيها الكتاب والسنة والاجماع اما السنة فكثيرة العدة على اربعة اضرب احدها
ما هو تعبد واستبرا والاستبرا فيه اقوى من التعبد وهو بالحمل

وثانيها وهو اوسطها يستوى فيها للاستبرا و التعبد وهى للاقراء وبالاشهر ثالثها
الشهور وهو اصعبها وان كانت مدخولا لم يجز حبلها ويستوى فيها التعبد و
للاستبرا وثالثها عدة غير المدخول بها للوفاة وهى تعبد محض د اجمعت الامة
على وجوب العدة فى الجملة وانما اختلفوا فى انواع منها واجمعت الامة ايضا على ان
المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن
من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة ... ان تجب العدة للدخول مع التعبد قال
قدس الله سره والدخول يحصل بغيبوبة الحشفة قبلا او دبرا الى قوله ولو كان مقطوع
الذكر خاصة قيل وجبت العدة لامكان الحمل بالمساحقة ولو ظهر حمل اعتدت بوضعه
اقول قوله قيل هو قول الشيخ فى المبسوط قال فان حملت منه اعتدت بوضع الحمل
وان لم يكن حاملا اعتدت بالشهور لا بالاقرا لان عدة الاقرا انما تكون عن طلاق بعد دخول
وهو متعذر من جهته قال قدس الله سره وكذا لو كان مقطوع الذكر والانثيين على اشكال
اقول منشأ الاشكال من امكان تكون المنى ومن عموم قوله عليه السلم الولد للفراش وانما
يمكن الحمل بالمساحقة لان محل المنى الصلب ومن انه بعيد عادة والعلوم العادية
ضرورية وقول الشيخ فى المبسوط لا تعتد عنه بالاقرا لا يدل على انها تعتد بالاشهر
قال قدس الله سره ولو دخل بالصغيرة وهى من نقص سنها عن تسع او اليائسة وهى من بلغت
خمسين او ستين ان كانت قرشية او نبطية فلا اعتبار به ولا يجب لاجله عدة طلاق ولا
فسخ على راى اقول الخلاف فى الصبية التى لم تبلغ واليائسة اذا طلقت بعد الدخول
هل عليهما عدة الطلاق ام لا قال الشيخ وابنا بابويه وابو الصلاح وسلار وابن البراج
وابن ادريس لا عدة عليهما وهو اختيار المصنف وهو الحق عندى وقال السيد المرتضى
وابن زهرة عليهما العدة لنا ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج فى الموثق عن الصادق عليه
السلم قال ثلاث يتزوجن على كل حال التى لم تحض ومثلها لا تحيض قال قلت وما
حدها قال اذا اتى لها اقل من تسع سنين والتى لم يدخل بها والتى قد يئست من المحيض
ومثلها لا تحيض قلت ومتى تكون كذلك قال اذا كان لها خمسون سنة وفى الحسن عن زرارة
عن الصادق عليه السلم فى الصبية التى لا تحيض مثلها والتى قد يئست من المحيض
قال ليس عليهما عدة وان دخل بها ولان كلا منهما من المطلقتين انتفى سبب
الاعتداد فيها وكلما انتفى سبب الاعتداد انتفى الاعتداد والثانية ظاهرة
واما

[illegible]

ومن عدم الانثيين لكون المنى منهما

واما الاولى فلان سبب الاعتداد استعلام فراغ الرحم من الحمل لما رواه محمد بن مسلم
عن الباقر عليه السلم قال التى لا تحبل مثلها لا عدة عليها وفى هذا الحديث ايماء الى ما
ذكرناه والحمل هنا ممتنع بالنظر الى العادة لقوله تعالى حكاية أألد وانا
عجوز وهذا بعلى شيخا واقرها عليهم لجوازه بقدرة الله تعالى وخرق العادات
للاعجاز لا يقتضى الوجوب احتج المرتضى بقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض
من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائى لم يحضن والجواب ان العدة معلقة
بالريبة بسبب اليأس وعدم البلوغ وقوله تعالى واللائى يئسن يدل على ان اليأس يقتضى نفى الامر
لا اعتداد به فى الحكم بل العلم لانتفاء الحكم بالريبة الفصل الثانى فى عدة الحائل
من الطلاق وفيه مطلبان الاول فى ذات الاقراء مقدمة لفظ القرء اختلف
اهل اللغة فيه على اقوال اربعة ا انه اسم للحيض حقيقة ويستعمل فى الطهر مجازا
لانه لا تسمى المرأة من ذوات الاقراء الا اذا حاضت ب انه للطهر حقيقة ويستعمل فى
الحيض مجازا ج انه اسم مشترك بالاشتراك اللفظى بين القرء والطهر كسائر
الاسماء المشتركة د انه اسم للانتقال من معتاد الى معتاد فيتناول الانتقال
من الحيض الى الطهر والانتقال من الطهر الى الحيض واما الفقهاء فقد اتفقوا على ان
اقراء العدة احد الامرين من الحيض او الطهر واختلفوا فى التعيين الالهى منهما فقيل
المراد بالقرء الحيض دون الطهر وهو اختيار جماعة من الصحابة والتابعين والفقهاء
المتاخرين وقال بعضهم المراد بالقرء الطهر وهو الاقوى عندى والدليل
قوله تعالى ثلاثة قروء فاثبت الهاء فى العدد وهو مختص بالمذكر والطهر مذكر والحيض
مونث فوجب ان يكون المراد الطهر دون الحيض وقال تعالى يا ايها النبى اذا طلقتم
النساء فطلقوهن لعدتهن اى فى وقت عدتهن لقوله تعالى ونضع الموازين القسط
ليوم القيمة اى فى يوم القيمة والطلاق فى الحيض ليس بمامور به لتحريمه اجماعا
ولان قوله لعدتهن يقتضى اتصال العدة بالطلاق لان دخول اللام على
الشرط يقتضى اتصاله بالمشروط لقول القائل اطعم زيدا للشبع وعلى القول
بان القرء هو الطهر اذا طلقها فى الطهر اعتدت ببقية الطهر الذى وقع فيه
هذا الطلاق قرءا ومن جعله الحيض لم يعتد ببقية الطهر ففصل بين
العدة والطلاق على الثانى لا الاول احتج القائل بان القرء هو

الحيض بقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهو عام ولحمل القرء
هو الطهر لكان اذا طلق ثم حاضت بعد يوم لقيم مقام القرء وعند القايل بالاطهار
فلا يكون عدتها ثلاثة اقراء فيلزم التخصيص او النسخ لان الاية تقتضي تمام الثلاثة اقراء
وههنا لم يتم وبقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة
اشهر فنقلها عما يئست منه الى بدل لو البدل غير المبدل لعلمنا كان الياس من المحيض دل
على انه هو القرء وبما روى ان النبي عليه السلام قال لفاطمة بنت ابي حبيش اقعدي عن الصلاة
ايام اقرائك والمراد الحيض والجواب عن الاول ان القرء طهر انتهى بالحيض فاذا كن
قد تم لا بعضه وعن الثاني ان القرء بمعنى الطهر معتبر بالحيض ايضا لانه ليس مطلق
البقاء بل هو نقاء ينتهي الى الحيض فنقلها من طهر معتبر بالحيض الى طهر معتبر بالشهور
وعن الثالث في قوله ايام اقرائك قال بعض الرواة انه زيادة في الخبر ولم يثبت
ولان القرء يطلق على الحيض خصوصا مع القرينة والقرينة هنا ثابتة ولان البحث
لفظ القرء في العدة لا مطلقا ومنع السند **قال** قدس الله سره ولو ادعت الانقضاء
قبل مضي اقل زمان ينقضي به العدة لم يقبل دعواها فان صبرت حتى مضى زمان الاقل
ثم قالت غلطت والان انقضت عدتي قبل قولها وان استمرت على الدعوى ففي الحكم
بانقضاء عدتها اشكال ينشأ من ظهور كذبها ومن قبول دعواها لو استانفتها
فتحمل الدعوى على الاستيناف **اقول** الاقوى عندي الاول **قال** قدس الله
سره ولو كان مثلها تحيض اعتدت ثلاثة اشهر وتراعي الشهور والحيض ايهما سبق خرجت
اما لو رأت الدم في الثالث وتاخرت الحيضة الثانية او الثالثة صبرت تسعة اشهر
ليعلم براءة رحمها ثم اعتدت بعد ذلك ثلاثة اشهر وفي رواية تصبر سنة ثم تعتد
ثلاثة اشهر وبتوقف على الجنابة بالدم الثالث **اقول** قوله ايهما سبق خرجت
العدة به ويدل عليه رواية زرارة في الحسن عن الباقر عليه السلام قال امران ايهما سبق بانت
المطلقة المسترابة تستريب الحيض ان مرت بها ثلاثة اشهر بيض ليس فيها دم بانت
وان مرت بها ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة اشهر بانت بالحيض والمقصود
بالبحث هنا اذا تاخرت الحيضة الثانية او الثالثة لكن نورد اولا ما بني عليه
هذه المسئلة ثم نذكرها فنقول هنا قاعدتان **ا** التي لا تحيض
ومثلها

ومثلها تحيض تعتد بثلاثة اشهر اجماعا لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض
من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن فقوله واللائي لم يحضن
عطف على قوله واللائي يئسن فيكون المراد فعدتهن ثلاثة اشهر ايضا **ب** الاصل
في عدة الحائل الاقراء ونبه عليه تعالى بالطلاق والمطلقات وشرط الاشهر
بفقدها ونبه عليه بقوله واللائي اذا عرفت ذلك فنقول هذه تراعي الاشهر
والحيض لتناول الايتين لها في الحالتين فايهما سبق خرجت العدة ويتفرع على
ذلك انه اذا ابتدأت العدة بالاشهر فرأت في اخر الثالث دم الحيض واليه اشار
المصنف بقوله اما لو رأت الدم لان اللام هنا للعهد لا للجنس بطلت العدة
بالاشهر لفقد شرطها بحيث الماضي قرء لان القرء طهر بين حيضتين ولا
تركب من الاقراء والاشهر هنا عدة واحدة اجماعا ولان الواجب الواحد
لا يؤدي ببعض الاصل وبعض البدل الاضطراري المشروط بتعذر الاصل الا
بنص شرعي ولم يثبت فيعتبر بطلان حكم ما مضى من الاشهر واستيناف عدة
بالاقراء ويتفرع على هذا الفرع فرع اخر وهو ان هذه التي رأت في الثالث حيضة
ثم استانفت العدة بالاقراء اذا تاخرت الحيضة الثانية او الثالثة ففيها للاصحاب
اقوال ثلاثة **ا** اختاره المصنف هنا وهو مذهب ابن ادريس ومن تابعهما انها
تصبر مدة تعلم براءة رحمها من الحمل وهو تسعة اشهر من حين الطلاق لانه اقصى
مدة الحمل عندهم فان ظهر فيها حمل خرجت بوضعه وان لم يظهر فيها حمل علم براءة
الرحم ظاهرا واعتدت ثلاثة اشهر وكانت بمنزلة الثلاثة اقراء لان العدة لعلم
براءة الرحم ونبه عليه في القرآن بقوله تعالى ان ارتبتم **ب** قيل انها تصبر سنة لانه
اقصى مدة الحمل وهذا بناء على ان اقصى مدة الحمل سنة فان ظهر في اثناء السنة
حمل اعتدت بوضعه والا اعتدت بعدها بثلاثة اشهر واستدل على
هذا القول برواية عمار الساباطي قال سئل ابو عبد الله عليه السلام عن رجل
عنده امرأة شابة وهي تحيض في كل شهرين او ثلاثة اشهر حيضة واحدة كيف
يطلقها زوجها فقال امرها شديد هذه تطلق طلاق السنة تطليقة واحدة
على طهر من غير جماع بشهود ثم تركها حتى تحيض قال يتربص بعد السنة

[illegible]

ثلاث حيض ... حاضتها فقد انقضت عدتها قلت له فان انقضت سنة ولم تحض فيها ثلاث حيضات ...

ثلاثة اشهر ثم قد انقضت عدتها قلت فان ماتت او مات زوجها قال فايهما مات
ورثه الآخر صاحبه ما بينه وبين خمسة عشر شهرا وهذه الرواية هي التي اشار المصنف
اليها بقوله وفي رواية تصبر سنة الى آخره ونزلها الشيخ في النهاية على ما اذا
تاخرت الحيضة الثالثة بعد ان رأت الدم في اثناء التسعة اشهر يأسا فلتصبر تمام
السنة ثم تعتد بثلاثة اشهر تمام الخمسة عشر شهرا واورد الفاضل على ابن سعيد
عدم دلالة الرواية عليه فهو تحكم قلت الرواية مطلقة ليس فيها ما ينافيه والادلة
غيرها تقتضي بطلانه هذا البناء ولم يستدل عليه ولان التحكم القول من غير دليل وابطال
دلالة امر معين وعدم الوقوف على غيره لا يوجب الحكم بالبطلان فان عدم وجود دليل
واحد لا يدل على العدم ج قول ابن البراج انه ان كان انقطاع الدم لعارض كمرض
ورضاع لم تعتد بالشهور بل تصبر حتى تمضي ثلاثة اقراء وان طالت مدتها وان لم يكن
لعارض فان مضى ثلاثة بيض لم تر دما فيها فقد انقضت عدتها وان رأت الدم
قبل ذلك ثم ارتفع حيضها لغير عذر اضافت اليها شهرين وان كان لعذر صبرت تمام
تسعة اشهر ثم اعتدت بعدها ثلاثة اشهر وان ارتفع الدم الثالث صبرت تمام السنة
ثم اعتدت ثلاثة اشهر بعد ذلك وانما طولنا الكلام في هذه المسئلة لانها موضع
اشتباه **المطلب الثاني** في ذات الاشهر **قال** قدس الله سره وان طلقت في
اثناء الشهر اعتدت بهلالين ثم اخذت من الثالث كمال ثلاثين على رأي **اقول**
اختلف علماء المسلمين في هذه المسئلة على اقوال ثلاثة **آ** اعتبار الجميع بالاهلة
الاول وما بعده ويقضي من الرابع ما فات من الاول فلو كان الاول تسعة عشر
يوما وطلقها وقد مضى عشرون يوما تحتسب بتسعة ويقضي عشرين يوما من الرابع
وقواه الشيخ لقوله تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج **ب** سقوط
اعتبار الهلال في الاول ويكمل ثلاثين من الرابع ويعتبر ما بعده بالاهلة وهو
اختيار ابن ادريس وقول للشيخ لاشتراك الشهر لفظا وتعذر الهلالي فيبقى العدد
وهو ثلاثون **ج** سقوط اعتبار الاهلة في الجميع وانكسار الكل بانكسار
الاول فيعتبر كل شهر ثلاثين **فائدة** تتصور انطباق الطلاق على اول الشهر بان
يبتدي باللفظ ويقترن آخر جزء منه باول جزء من الشهر هذا باجماع المسلمين وعند
المخالفين بتعليق الطلاق بانسلاخ الشهر او باول الشهر الذي يليه **قال**
قدس

[margin: فان عدم وجدان واحد]
[margin: جزء وهو]
[margin: قول المخالفين بالتعليق كقولهم اذا اهل رجب فانت طالق]

قدس الله سره ولو انقضت العدة ونكحت آخر فاستبانت بالحمل من الاول لم يبطل النكاح
وكذا لو لم تنكح جاز نكاحها ولو استبانت قبل الانقضاء لم تنكح وان انقضت العدة
فالاقرب جواز نكاحها الا مع تيقن الحمل وعلى كل تقدير لو ظهر حمل بطل نكاح الثاني
اقول المرتابة بالحمل هي التي يحصل لها ما يصلح ان يكون امارة للحمل بحيث يحصل
لها معه شك في الحمل كحركة او ثقل ونحوه اذا عرفت ذلك فنقول
كل عدة عن وطء غير وضع الحمل فهي تدل استظهارا على الحمل لان العدة للدلالة
على براءة الرحم وغير الاشهر والاقراء يدلان على البراءة ظاهرا لامكان ظهور الخلاف
فهي دلالة ظنية ووضع الحمل يدل عليها دلالة قطعية والتغيي بالظاهر عن القطع
لتعذر تحصيله فاذا حصل الاصل بطل البدل الاضطراري فاذا اعتدت بغير
الحمل ثم ظهر الحمل بطلت العدة على كل حال بالاجماع اما الريبة بالحمل لامارة
توجبها اما ان يكون بعد انقضاء العدة ونكاح آخر او قبل ذلك فان كان الاول
لم تبطل العدة ولا النكاح اجماعا فان كان الثاني فاما ان يكون بعد انقضاء
العدة وقبل نكاح آخر حكم المصنف بعدم بطلانها وجواز نكاحها لانه حكم
بانقضاء العدة شرعا فلا ينقض الحكم بمجرد الشك فيجوز لها النكاح لعدم الحكم
بالانقضاء وهذا اقرب واما ان يحصل الريبة قبل انقضاء العدة فلا يجوز لها نكاح
آخر قبل انقضاء العدة قطعا لبقاء العدة وهل يجوز بعد انقضائها مع بقاء الريبة
قال الشيخ في المبسوط لا يجوز وان نكحت فالنكاح باطل لان النكاح مبني على
الاحتياط التام وقال المصنف يجوز لوجود المقتضي وهو خروج العدة لان
الظن الراجح حاصل ولهذا تقطع النفقة ولم تجز الرجعة في الرجعية وانتفاء
المانع اذ الريبة وهم وهو مرجوح الظن فلا تعارض الظن الراجح **قال** قدس
الله سره ولو اتت زوجة البالغ بولد لدون ستة اشهر لم يلحقه فان ادعت انه وطئ
قبل العقد للشبهة احتمل انقضاء العدة والاقرب العدم لانه منفي عنه شرعا
نعم لو صدقها انقضت به **اقول** وجه الاحتمال انها وضعت حاملا الحمل يمكن
ان يكون له وكل زوجة كذلك فان عدتها بوضع الحمل اما الصغرى فلامكان
صدقها في دعوى وطئها قبل العقد واما الثانية فالخلاف فيه ولان ههنا
قاعدة مقررة ان القول قول المرأة في انقضاء العدة بتمامها مع تحقق الامكان
وقد اتفق عليها الكل ويمكن ان يكون الامر كما زعمه ولو لادة

[margin: الحمل يقيني]
[margin: حجة]

عندي للاقوى صح

من فعلها والاقوى عند المصنف عدم الاقتضاء به لانه منفي عنه شرعا الا الاصل
عدم الوطي والتحاق الولد به شرعا بشرط الامكان ولم يثبت هنا فانتفى الا
مكان وفرق بين هذه المسئلة وبين اللعان لان المنفي باللعان انتفى بمجرد ادائه
وفي هذه انتفى بسبب شرعي غير صادر منه وهو انتفاء شرط الالحاق ولان سبب
الالحاق شرعا وهو الفراش في اللعان موجود وحكم الشارع بنفيه عنه مع ثبوت
الامكان الشرعي وههنا السبب منتفي لانه لم يعلق في فراشه قطعا ولا يرد
يلزم الحكم في قضية احدة بمتنافيين لان انقضا العدة بسببها امكان كونه منه
وامكان الحاقه به في نفي الاصل ونفي الميراث لنفيه في الظاهر لا في نفس الامر
قال قدس الله سره ولو وضعت احد التوامين بانت بالاول ولم تنكح الا بعد
وضع الاخير والاقرب تعلق البينونة بوضع الجميع **اقول** الاول قول الشيخ في
الخلاف والمبسوط وابن ادريس ووجه الاقرب قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن
ان يضعن حملهن وحملها مجموع الولدين فحال وضع الحمل الاول لم تضع حملها بتمامه
ولان العدة موضوعة لاستبراء الرحم وخلوه من ولد مظنون فكيف يحكم بانقضى
مع بقاء ولد موجود **قال** قدس الله سره ولو خرج ما يصدق عليه انه ادمي
ناقصا كبعض اعضائه فالاولى الانقضاء **اقول** وجه الاولوية انه يصدق
عليه اسم الادمي فيصدق وضع الولد ويحتمل عدمه لانها لم تضع كل الحمل والحمل
براءة الرحم وفراغه من الحمل ويتفرع على ذلك بقاء الرجعة في الرجعية ووجوب
الانفاق والتوارث **قال** قدس الله سره ولو طلقت فادعت الحمل صبر عليها
اقصى الحمل وهو سنة على رأي ثم لا تقبل دعواها وقيل تسعة اشهر **اقول** الكلام
في مقامين **ا** في كمية اقصى مدة الحمل وقد ذكر فيه القولين والاول منهما
قول السيد المرتضى في الانتصار وابي الصلاح والثاني مذهب المفيد والشيخ في
الخلاف والمبسوط وابن الجنيد وابن البراج وسلار وابن ادريس ويأتي تمام البحث
في موضعه **ب** انه اذا انقضى اقصى مدة الحمل حكم بانقضاء عدتها فلا تحتاج الى
اعتداد زائد وهو مذهب ابن ادريس للعلم ببطلان دعواها ووقوع العدة
موقعها وقال الشيخ في النهاية تعتد بعد تسعة اشهر بثلاثة اخرى لما رواه
عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح قال سمعت ابا ابراهيم عليه السلام يقول اذا طلق
الرجل امرأته فادعت حبلا انتظر بها تسعة اشهر فان ولدت والا اعتدت بثلاثة
اشهر

[illegible]

اشهر ثم قد بانت منه وهذا والذي اختاره المصنف في المختلف اختيار الشيخ
في النهاية وهو الاقوى عندي **قال** قدس الله سره ولو طلق رجعيا ثم مات في
العدة استأنفت عدة الوفاة وان قصرت عن مدة الطلاق كالمسترابة على اشكال
اقول قوله استأنفت عدة الوفاة المراد به ان الماضي لا يحتسب في اعتدادها
بانقضاء الطلاق والضمير في قوله وان قصرت راجع الى عدة الوفاة ومنشأ الا
شكال عموم النص والنظر الى المعنى والحكمة **قال** قدس الله سره ولو اتت بولد
لاقل من ستة فان لم تنكح وجب الحاقه به وان كانت رجعية حسب الستة من وقت
الطلاق لا من وقت انقضاء العدة على اشكال **اقول** منشأه ان الطلاق هو المزيل
للنكاح فيحرم وطؤها بغير الرجعة فتكون كالبائنة في النكاح والولد يتبعه فيكون
كالبائنة فيه ومن ان الرجعية كالزوجة لانهما متوارثان ويباح له الوطي ويكون رجعة
ويقع الظهار منه والايلاء وهما معلولا النكاح ووجود المعلول دليل وجود
العلة والتحقيق ان الرجعية هل هي فراش ام لا لزوال النكاح بالفعل وان بقي بعض
لوازمه والاول الاقرب وان قلنا انها فراش فالاعتبار بالمدة من انقضاء العدة وان
قلنا انها ليست بفراش فالاعتبار من الطلاق والاول اختيار الشيخ الطوسي
في المبسوط وهو الاقوى عندي ثم فرع الشيخ على ذلك في الرجعي انه اذا مضى قدر
العدة من الاقراء او الاشهر ثم اتت بولد لاكثر من ستة من انقضاء المدة لم يلحقه لانا بينا
ان الحمل لم يكن موجودا حال الاقراء او الاشهر فتبين انقضاؤها بها فيكون كما لو بانت بالطلاق
البائن او الفسخ ثم اتت لاكثر من سنة من السنونه وان اتت به لاقل من ستة وبالجملة
لاقل من اقصى مدة الحمل تبين انها حملت به في حال العدة وهي فراش حينئذ فيلحق به
واعلم ان ههنا فوائد **ا** النكاح التام مع الدخول فراش موجب لالتحاق النسب
بمجرد امكان كونه منه ويبقى هذا الحكم بعد زوال النكاح ببقاء
الامكان ولا يعارضه شيء ولم يحكم الشارع بالنجاة به ولم يقبل منه نفيه بلا
لعان **ب** لانه زمن امكان العلوق منه في وقت الفراش فيمكن لحوقه به في
الفراش **ج** ان امكان كونه منه باق الى اقصى مدة الحمل فينتفي الامكان
فينتفي الولد منه بغير لعان وهذه القواعد اجماعية والخلاف انما هو في موضعين
احدهما في كمية اقصى مدة الحمل وقد تقدم وثانيهما في ابتداء هذه المدة مع الطلاق

وبينه جهة فاما ان يكون الطلاق بائنا او رجعيا فان كان الطلاق بائنا فاكثر الفقهاء
المبدأ من وقت الطلاق وفي هذه العبارة نظر لانه يلزم ان يكون اقصى مدة الحمل
اكثر مما فرض لانه اقصى مدة الحمل لتقدم العلوق على الطلاق لانه لا بد وان يكون
العلوق في الفراش وهو وقت قبل الطلاق لان الطلاق البائن سبب البينونة
وسبب زوال الفراش والحق انه وقت هو اخر اوقات امكان العلوق قبل الطلاق
وشبهه في البائن واما في الرجعي فيكون ذلك الوقت قبل الطلاق او انقضاء
العدة على اختلاف الرأيين كما تقدم وهذه العبارة هي الموافقة التي اختارها
لخيرة المصنف قال قدس سره وعدة النكاح الفاسد تثبت بعد التفرق
بانجلاء الشبهة لا بعقد الحرام وطئه على اشكال اقول منشأه من ان العدة للوطي
خاصة لان النكاح ليس بصحيح وكل عدة من مجرد الوطي خاصة فان مبدأها الفراغ
منه ومن حيث انها للنكاح وهذا الاخير اختيار الشيخ في المبسوط لان
الاستبراء به ينقطع والفراش في ظنه يزول قال قدس سره ولو اتفقا على
زمان الوضع واختلفا في وقت الطلاق هل كان قبل الوضع او بعده قدم قوله لانه
اختلاف في فعله وفيه اشكال من حيث ان الاصل عدم الطلاق والوضع فكان قول
منكرهما مقدما اقول هذا اصل تتفرع منه مسئلتان وهو انه اذا اتفقا على زمان
الوضع بانه كان يوم الخميس مثلا من الشهر مثلا ثم اختلفا في وقت الطلاق فهنا
مسئلتان آ ان يدعي الزوج تقدمه كيوم الاربعاء في المثال المذكور فيثبت
انقضاء العدة ويبقى توابعها وتقول هي بل يوم الجمعة في المثال فيعكس نفيه واثباته
فيقدم قول الزوج لان الطلاق من فعله ويعارضه ان الاصل عدم الطلاق في
يوم الخميس والاصل بقاء حقوقها والاصح عندي الاول لان الطلاق بيده ويصدق
اصله فيصدق في وقته ب عكس الاولى فيقول طلقتني يوم الاربعاء فيقول هو يوم الجمعة
فيتفق حقه وينبه هو وههنا قوله متقدم قطعا لان الطلاق من فعله وهو ينفيه
وقوله والوضع عطف على الطلاق اي الاصل عدم الوضع وهو اشارة الى انه لو اتفق الزوجان
على زمان الطلاق واختلفا في زمان الوضع فانه يحتمل ان يكون القول قول
نافيه لان قوله يوافق الاصل وهذا معنى المنكر ويحتمل تقديم قولها لانه من فعلها
قال قدس سره ولو اقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لستة اشهر منذ طلقها
قبل

قبل لا يلحق به ويحتمل الالحاق انه لم يتجاوز اقصى الحمل ولم تكن ذات بعل اقول قوى الشيخ
في المبسوط عدم اللحوق لان قول المرأة معتبر في انقضاء عدتها لكن صدقها فيه لقوله تعالى
ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن ولولا قبول قولهن لما حرم كتمانه عليهن ويمكن
تجدد تعددها لان المقدر مضى اقل الحمل وهو ستة اشهر من حين الطلاق ولا تقبل
منها دعوى ينافي اقرارها ولان اقرارها بانقضاء العدة صحيح ظاهرا فلا يبطله
بامر محتمل كما اذا حكم الحاكم بالاجتهاد ثم تغير اجتهاده فانه لا ينقض
الاول ويحتمل الالحاق بشرطين احدهما ان لا يتجاوز اقصى الحمل وثانيهما
ان لا يكون ذات بعل وفي معناه المولى اي ان لا يكون ذات بعل ولا مولى لانها
زوجة هذا الاحتمال انه هنا ولد يمكن ان يكون من فراشه وليس معه من
يساويه ولا من هو اولى فوجب ان يلحق به والاقوى عندي الثاني ولا ينافي هذه العلقة
السابقة لان ذلك لم يبق لحدها بخروج العدة وههنا قد اقرت بخروج العدة
المقصد الرابع في عدة الوفاة مقدمات آ اجمع علماء الاسلام على ان عدة الوفاة للحائل
باربعة اشهر وعشرة لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن
اربعة اشهر وعشرا ودلت السنة المتواترة عليه وكانت في صدر الاسلام سنة
لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول
غير اخراج وكان لها النفقة في العدة فنسخت النفقة بالميراث ونسخت السنة باربعة
اشهر وعشرة ايام لتأخرها عن آية الحول في التنزيل اجماعا من الصحابة ولا يضر تقدمها في
الطلاق فان الاعتداد في النسخ بالتأخر في التنزيل ب العشر المعتبر في العدة
هي عشر ليال مع ايامها لان الهاء اسقط من الثاني العشر وهو يطلق على الليالي دون الايام
لانها للمؤنث ولو اراد الايام لقال عشرة لقوله تعالى سخرها عليهم سبع ليال وثمانية
ايام لانا نقول الايام فيما قبل العاشر فلم يمتنع دخولها في العاشر لان المراد
بجميع العدة واحد لان اطلاق الليالي يقتضي دخول الايام معها واطلاق الايام
يقتضي دخول الليالي معها وايضا فانا نقل اهل العربية ان الهاء تدل على المذكر وعدمها
يدل على المؤنث اذا كان العدد منفردا فيقال عشرة ايام وعشر ليال واما مع اطلاق
العدد وعدم التفسير وعدم التمييز فلا يدل على ذلك كذلك ويحتمل ان يتناول المذكر
والمؤنث كما روي عنه عليه السلم من صام رمضان واتبعه بست من شوال فكانما

من الصحاح احدّت المرأة اي امتنعت من الزينة والخضاب بعد موت زوجها وكذلك حدّت تحدّ وتحِدّ وهي حادّ ولم يعرف الاصمعي الا احدّت فهي محدّ

تمام الدهر كله ح عدة الحامل للوفاة ابعد الاجلين وعليه اتفاق الامامية وهو
مذهب ابن عباس ونص عليه علي عليه السلم لقوله تعالى يتربصن الآية وقوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن فيجب الجمع بينهما ووجهه ما ذكرناه ح الحداد
واجب على الحرة في عدة الوفاة مدة العدة والحداد هو ترك التحلي والتطيب
والتزين في البدن والثياب واما وجوبه في عدة الوفاة فباجماع فقهاء
الاسلام ولا اعتبار بخلاف الشعبي والحسن البصري لاجماع من قبلهم ومن بعدهم
واما كونه تمام العدة فلقول النبي عليه السلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر
ان تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج اربعة اشهر وعشرا متفق عليه
ولما روته ام سلمة عن النبي عليه السلم قالت جاءت امرأة الى النبي عليه السلم فقالت يا رسول
الله ان بنتي توفي زوجها عنها وقد اشتكت عينها افنكحلها فقال لا مرتين او ثلاثا
كل ذلك يقول لا ثم قال انما هي اربعة اشهر وعشر الحديث قال قدس الله سره
ويجب عليها الحداد حاملا كانت او حائلا صغيرة او كبيرة مسلمة او ذمية وفي
الامة اشكال اقول ذهب الشيخ في المبسوط الى ثبوت الحداد عليها واختاره
ابن ادريس لعموم الحديث المروي عن النبي عليه السلم المتقدم وقال الشيخ في النهاية
وابن الجنيد وابن البراج والمصنف انه لا حداد عليها للاصل ولرواية زرارة الصحيحة
عن الباقر عليه السلم ان الحرة والامة كليهما اذا مات زوجها سواء في العدة
الا ان الحرة تحد والامة لا تحد قال قدس الله سره ولو لم يأمرها الحاكم بالعدة
فاعتدت فالاقرب عدم الاكتفاء اقول الاقرب عندي هو الاقوى عند والدي
قدس الله سره لانه منوط بحكم الحاكم لمعرفته بمواقع الاحكام لانها من المسائل
الاجتهادية فلا يناط باجتهاد غير الحاكم ولاصالة بقاء الزوجية ولعدم الموجب
لان ابانتها شرعا عن الموت والموت لا يعلم ويحتمل الاكتفاء لان عدم الظهور
بعد الطلب هذه المدة علامة على الموت وقد نظر ان الامارة تعتبر الطرق والمعتبر
لوضح هو ظن الحاكم ولانها لو خرجت العدة لم يبق محل للاجتهاد لم يكن فيها فائدة قال قدس الله
سره ولو جاء العدة قبل التزويج فقولان الاقرب انه لا سبيل له عليها اقول
اذا جاء الزوج وقد خرجت من العدة قبل ان تتزوج قال الشيخ في النهاية والخلاف
هو اولى بها وقوى في المبسوط انه لا سبيل له عليها بل بانت منه وهو مذهب
المفيد وسلار وابن ادريس واختيار والدي هنا لان حكم الشارع بالبينونة
بمنزلة

بمنزلة الطلاق والا لم تتميز حال البينونة عما يقابلها ولان الحكم بعد قطع السلطنة
بالتسلط يحتاج الى دليل وليس والاقوى عندي الاول قال قدس الله سره
هذه كعدة الموت لا نفقة فيها على الغائب وعليها الحداد على اشكال اقول ينشأ
من انها عدة الوفاة وعدة الوفاة يلزمها الحداد ومن حيث انه لم يتحقق ولان قول
النبي عليه السلم الدال على الحداد انما هو على الميت ولم يعلم وانما حكم الشارع بالبينونة لاسقاط
الضرر والحرج كفسخ العيب ولهذا لو حضر وكان النكاح باقيا ولاصالة براءة الذمة
ولانه لو كانت للموت لا بسبب حكم الحاكم شرعا لطلقت ومما يترتب عليها مجيء الزوج بعد
انه حكم اجتهادي ظهر انه خالف دليلا قطعيا وكل حكم اجتهادي ظهر انه خالف
دليلا قطعيا نقض قال قدس الله سره ولو حضر قبل انقضائها فهي على الزوجية
والنفقة اشكال اقول ينشأ من انها في عدة بينونة فكانت عنه كالناشز ومن
انها في حباله ولم يوجد منها نشوز قال قدس الله سره ولو اتت بولد يمكن لحوقه بعد مضي ستة
اشهر من دخول الثاني لحق به ولو ادعاه الاول وذكر الوطي سرا لم يقبل وقيل يقرع
وليس بجيد اقول القائل بالقرعة الشيخ الطوسي في المبسوط لامكانه والحق ما اختاره
المصنف هنا وهو انه للثاني لانها فراش له حقيقة وفراش الاول زائل وقال عليه
السلم الولد للفراش قال قدس الله سره لو غلط في الحساب فامرها بالاعتداد
فاعتدت وتزوجت قبل مضي مدة التربص بطل الثاني والاقرب انها تحرم عليه مؤبدا
مع الدخول اقول وجه القرب انها في العدة ظاهرا والدخول بعقد دائم على
المعتدة يحرم ابدا ويحتمل عدمه لانها ليست معتدة في نفس الامر ويحصل منه ذنبا
بنات بل خرجت عن صورة النص على التحريم المؤبد والاصل الاباحة وما ذكرنا الاول
لان التحريم مقدم مع التعارض لقوله عليه السلم ما اجتمع الحلال والحرام الا غلب الحرام
الحلال خصوصا فيما يبنى على الاحتياط التام والنكاح مبني على الاحتياط التام
قال قدس الله سره ولو تبينا موت الزوج الاول قبل العدة فالاقرب صحة الثاني
اقول وجه القرب انها اعتدت بحكم الشارع بصحتها وقد انقضت في نفس الامر
فصح ويحتمل ضعيفا عدمه لان الموت في نفس الامر لا يعلم ومستند حكم الحاكم
غير صحيح فالحكم خطأ قال قدس الله سره والاقرب ان الحاكم بعد مدة
البحث تطلقها للرواية الصحيحة والعدة عدة الوفاة للاحتياط من عدة الوفاة

أقول لم يذكر الشيخان وابن البراج وابن إدريس الطلاق وقال ابن الجنيد يأمر السلطان
الولي بإيقاع الطلاق فإن لم يطلق أمرها الحاكم بالعدة وقال ابن بابويه وابن حمزة
يأمر السلطان الولي بالطلاق فإن لم يطلق طلقها الحاكم والأصح ما قاله المصنف
والرواية هي رواية بريد بن معاوية العجلي في الصحيح قال سألت أبا عبد الله عليه السلم
عن المفقود كيف تصنع امرأته فقال ما سكتت عنه وصبرت فخل عنها وإن هي رفعت
أمرها إلى الوالي أجلها أربع سنين ثم يكتب إلى الصقع الذي فقد فيه فليسأل عنه فإن
أخبر عنه بحياة صبرت وإن لم يخبر عنه بحياة حتى تمضي الأربع سنين دعا ولي الزوج
المفقود فقيل له هل للمفقود مال فإن كان له مال أنفق عليها حتى تعلم حياته من موته
وإن لم يكن له مال قيل للولي أنفق عليها فإن فعل فلا سبيل لها إلى أن تتزوج ما أنفق عليها وإن أبى أن
ينفق عليها أجبره الوالي على أن يطلق تطليقة في استقبال العدة وهي طاهر فيصير
طلاق الولي طلاق الزوج فإن جاء زوجها قبل أن تنقضي عدتها من يوم طلقها الولي
فبدا له أن يراجعها فهي امرأته وهي عنده على تطليقتين وإن انقضت العدة قبل أن
يجيء ويراجع فقد حلت للأزواج ولا سبيل للأول عليها قوله والعدة عدة الوفاة
الملاحظ إشارة إلى الجواب عن احتجاج الشيخ على عدم الاحتياج إلى الطلاق
وتقرير الاحتجاج أن عدة الوفاة من خصائص الوفاة فلا تجامع الطلاق وتقرير
الجواب أن عدة الوفاة وجبت احتياطا لاحتمال الموت ولا منافاة لأن الاحتياط
يعمل فيه بالاحتمالات وإن كانت مرجوحة بحيث يحصل يقين البراءة الفصل الثالث
في عدة الأمة والاستبراء مقدمة الاستبراء هو التربص الواجب بسبب ملك
اليمين حدوثا أو زوالا وإنما خص بهذا الاسم لأن هذا التربص مقدر بأقل
ما يدل على البراءة من غير تكرر وتعدد فيه وخص التربص الواجب بسبب النكاح
باسم العدة اشتقاقا من العدد لما يقع فيه من العدد والأصل في الاستبراء
أن منادي رسول الله صلى الله عليه وآله نادى بعد سبي أوطاس لا توطأ حامل
حتى تضع ولا حائل حتى تحيض ومنه كان الاستبراء بالحيض وأما العدة
فبالأطهار قال قدس الله سره وهل حكم الفسخ للبيع حكم الطلاق الأقرب
ذلك أقول وجه القرب أنه رفع بعقد النكاح الدائم بعد الدخول فوجبت

العدة لاستبرا

لاستبراء الرحم كالطلاق ويحتمل الاستبراء لعدم النص على العدة ولأنه يثبت
زوال ملك وهذا ضعيف لأن الاستبراء يوجبه حدوث ملك أو زوال ملك
خاصة لا زوال نكاح دائم والأصح المعتمد عليه الأول قال قدس الله سره
والذمية كالحرة في الطلاق والوفاة وقيل كالأمة أقول هذه المسألة تبنى على مقدمة
هي بيان عدة الأمة في الوفاة وقد اختار المصنف أنها شهران وخمسة أيام ولم يعتبر
بالخلاف لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلم قال الأمة إذا
توفي عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام وفي الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلم قال
عدة الأمة إذا توفي عنها شهران وخمسة أيام وهذا هو اختيار المفيد وقال الصدوق
وابن إدريس عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام قال ابن إدريس سواء كانت أم ولد لمولاها
أو لا وقد رجع شيخنا في كتاب التبيان عما قاله في النهاية لعموم الآية ولرواية
زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلم المذكورة في الحداد وأجاب المصنف
أن العام يخصص بالأحاديث الخاصة والكتاب يجوز تخصيصه بالسنة والمساواة
تتحقق بالمساواة في مطلق العدة وقال الشيخ في النهاية إن كانت أم ولد لمولاها
فعدتها مثل عدة الحرة أربعة أشهر وعشرة أيام وإن كانت مملوكة ليست أم ولد
فعدتها شهران وخمسة أيام وتبعه ابن البراج لما رواه سليمان بن خالد في الصحيح
قال سألت أبا عبد الله عليه السلم عن الأمة إذا طلقت ما عدتها قال حيضتان
أو شهران قلت فإن توفي عنها زوجها فقال إن عليا عليه السلم قال في أمهات
الأولاد لا يتزوجن حتى يعتددن أربعة أشهر وعشرا وهن إماء إذا تقرر
ذلك فنقول هنا مسألتان أ هل الذمية الحرة كالحرة المسلمة في كمية
العدة أو كالأمة فنقول الذمية كالحرة المسلمة في كمية العدة في الطلاق
والوفاة وفي الحداد وهو المشهور بين الأصحاب ونقل المصنف قوله
إنها كالأمة ولا أعلم من قال به لكن به رواية هي رواية محمد بن يعقوب في الصحيح
عن علي بن إبراهيم عن أبيه وعن ابن محبوب عن علي بن رئاب عن زرارة
عن أبي جعفر عليه السلم قال سألته عن نصرانية كانت تحت نصراني فطلقها
هل عليها عدة مثل عدة المسلمة فقال لا إلى قوله قلت فما عدتها إن أراد
المسلم أن يتزوجها قال عدتها عدة الأمة حيضتان أو خمسة وأربعون

يوما الحديث وقد بيّن في هذا الحديث عدّتها في الطلاق وفي الوفاة والجواب
انه لم ينص على انها حرة فهي محمولة على المملوكة ت هل هي كالحرة المسلمة في
الحداد المشهور ذلك ومن قال انها كالامة في العدة والحداد على الامة يمكن
ان يقول انه لا حداد عليها ولم اعلم به قائلا من اصحابنا ولعله عرض بان الخطاب
مختص بالمؤمنات في قوله عليه السلم لا يحل لامراة تؤمن بالله الحديث او بانها
اقرت على ترك الايمان فتخلى وترك الاحداد اولى والجواب بعموم رواية
ام سلمة عن النبي عليه السلم انه قال المتوفا عنها زوجها لا تلبس المعصفر ولا
الممشق ولا الحلي ولا تكتحل ولا تختضب وان قوله لا يحل لامراة تؤمن بالله
دليل على لزوم التكليف به التكليف بالايمان قال قدس الله سره ولو لحقت
الذمية بعد الطلاق بدار الحرب فسبيت في اثناء العدة فالاقرب اكمال عدة
الحرة اقول وجه القرب وجوبها ابتداء ولا تسقط بالرق المتجدد لاصالة
البقاء ولان الاصل عدم التحريم ومن انها امة والحق الاول المطلب الثاني
في الاستبراء قال قدس الله سره وهل الحرم في مدة الاستبراء غير الوطء
من وجوه الاستمتاع اشكال اقول منشؤه من انها كالمعتدة وكالاجنبية
ومن حيث ان الاستبراء مع اجتماع الماءين في رحم واحد فيمنع الوطء خاصة
في الوفاة والاصح الاول الفصل السابع في اجتماع العدتين معنى اجتماع
العدتين اتحادهما زمانا فان زاد زمان احدهما تداخلتا اي دخل الاقل في الاكثر
وقال الشيخ في الخلاف وابن ادريس كل موضع يجتمع على المراة عدتان لا تتداخلان
بل تاتي بكل منهما على الكمال ولم نذكر الحجة من الطرفين مخافة التطويل قال قدس
الله سره ولو فسخت النكاح في عدة الرجعي ففي الاكتفاء بالاكمال اشكال
اقول منشاه من انها فرقة قد يكون فلا تستانف العدة ومن حيث ان
الطلاق بطل فيبطل حكمه وتستانف عدة الفسخ ولان الفسخ ليس من جنس
الطلاق فلا تبني عدة احدهما على عدة الاخرى والاول قول الشيخ
في المبسوط واعلم ان الفسخ هنا في العدة لكن لم يسبقه نحوه قال
قدس الله سره ولو راجعها بعد الرجعة قبل العدة وليس بجيد اقول قيل
اشارة الى قوله نقله الشيخ في المبسوط عن قوم وقواه فانه قال فاذا
طلقها

طلقها ثم راجعها ثم خالعها قبل الدخول قال قوم تبني وقال اخرون تستانف وهو الصحيح
عندنا وقال قوم لا عدة عليها هنا وهو الاقوى والاول الصحيح هنا اخر
كلامه رحمه الله وجه الاول ان الطلاق بطل بالرجعة العدة بالرجعة
ولم يمسها في النكاح المستجد فاشبه ما اذا ابانها ثم جدد نكاحها و
طلقها قبل ان يمسها ووجه الثاني وهو الاصح انه خلع في نكاح وجد فيه المباشر
وكل خلع كذلك يجب فيه العدة اما الاولى فلانها بالرجعة عادت الى النكاح
الذي مسها فيه والثانية اجماعية تفريع على القول الاصح تستانف العدة كما لو
طلق بائنا بعد الرجعة لتباين الحديثين والطلاقين وعلى القول بان الخلع فسخ
والفسخ يوجب استيناف العدة يجب هنا استيناف العدة قال قدس الله سره
اما لو خالعها بعد الدخول ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول فلا عدة على راي
اقول هذا اختيار الشيخ في الخلاف والمصنف في المختلف وقال ابن البراج في المهذب
تستانف العدة احتج الشيخ بقوله تعالى ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم
عليهن من عدة تعتدونها والاقوى عندي اختيار المصنف قال قدس الله سره
ولو تزوجت المطلقة في العدة بغير المطلق لم يصح ولم تنقطع عدة الاول فان
وطئها الثاني عالما بالتحريم فهي في عدة الاول وان حملت لا عدة للثاني و لو
كان جاهلا ولم تحمل اتمت عدة الاول لسبقها واستانفت اخرى للثاني وهل
للاول ان يتزوجها ان كان بائنا في بقية عدته الاقرب المنع لان وطء الثاني يمنع من
نكاحها بعد استيفاء الزمان فمع القرب اولى ولان التزويج يسقط عدته فينتفي
حكم عدة الثاني فيمتنع عليه الاستمتاع وكل نكاح تعقبه تحل الاستمتاع لم يصح
كان باطلا ولو كان رجعيا جاز له الرجعة لان نظرنا اجريه الاستدامة
اقول ويحتمل في الاول الجواز لانها في عدته ولان عدة الثاني عدة وطء شبهة
فلا تنافي النكاح كما لو وطئها وهي في نكاح اخر للشبهة فانها تعتد من وطئه ولا تنافي
العقد للشبهة النكاح قال قدس الله سره ولو حملت الحق بولده ولو احتمل ان
يكون منهما قيل يقرع فتعتد بوضعه لمن الحق به والاقرب انه للثاني لانها فراشه
اقول اذا تزوجت المطلقة بغير المطلق في العدة ودخل الثاني جاهلا فحملت
فلا يمكن ان يكون من كل واحد منهما بان يكون للاول من اقصى مدة الحمل فما دون للاول
ولم تنقص عن اقله من الثاني قال الشيخ في المبسوط يقرع بينهما

لانه يحتمل ان يكون من كل منهما فهو امر مشكل وكل امر مشكل ففيه القرعة
للرواية واختار المصنف هو الصحيح انه للثاني لانها فراش له بالفعل والاول
فراشه سبق وزال وصاحب الفراش الثابت بالفعل حال الحمل اولى لقوله عليه السلم
الولد للفراش **قال** قدس الله سره ولو كانت الموطوءة امة وجب عليه قيمة
الولد لمولاه يوم سقط حيا وعليه المهر لمولاها وقيل العشر او نصف العشر
اقول الاول وهو لزوم مهر المثل قول ابن ادريس وهو احد قولي الشيخ والباقي
قول اخر للشيخ **قال** قدس الله سره وعدة الطلاق من حين وقوعه حاضرا **اقول** المشهور
كان الزوج او غائبا وعدة الوفاة من حين بلوغ الخبر للحداد فيشكل في الامة
ان عدة الطلاق من حين وقوعه لرواية محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلم
قال اذا طلق الرجل وهو غايب فليشهد على ذلك فاذا مضى ثلاثة اقراء من ذلك
اليوم فقد انقضت عدتها واما عدة الوفاة فانها من حين بلوغ الخبر على الاشهر
خلافا لابن الجنيد فيما اذا قامت البينة بتقدم موته افاد المقيد بانه الاخر الحد
واحتج بما رواه في الحسن ابن ابي نصر عن الحسن الرضا عليه السلم قال المتوفى
عنها زوجها تعتد حين يبلغها لانها تريد ان تحد له وفي الصحيح عن زرارة
عن الباقر عليه السلم قال ان مات عنها يعني وهو غايب فقامت البينة على
موته فعدتها من يوم ياتيها الخبر اربعة اشهر وعشرا لان عليها ان تحد عليه
في الموت اربعة اشهر وعشرا الحديث اذا عرفت ذلك فنقول على هذا
التعليل يشكل حكم الامة من حيث انه لا حداد عليها فينبغي عليه تاخر العدة
الى بلوغ الخبر فينتفي المعلول ومن عموم رواية محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه
السلم قال والمتوفى عنها زوجها وهو غايب تعتد يوم يبلغها الخبر ولو كان قد
مات قبل ذلك بسنة او سنتين احتج ابن الجنيد بما رواه عبد الله الحلبي في
الصحيح عن الصادق عليه السلم قال قلت له امرأة بلغها نعي زوجها بعد سنة
او نحو ذلك قال ان كانت حبلى فاجلها ان تضع حملها وان كانت ليست بحبلى فقد
مضت عدتها اذا قامت لها البينة انه مات في يوم كذا وكذا وان لم يكن
لها بينة فلتعتد من يوم سمعت واجاب الشيخ رحمه الله بانه خبر شاذ نادر
عارضته اخبار كثيرة والعمل عليها دونه والاولى عندي ان عدة المتوفى
عنها انه كانت امة من حين بلوغ الخبر **الفصل الثاني** في السكنى

احتج القائلون بالاول بانه عقد فيه مسمى وقد بطل فيجب مهر المثل لانه قيمة البضع واحتج القائلون بالثاني بما رواه الوليد بن صبيح عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها امة قد دلست نفسها قال ان كان الذي زوجها اياه من غير مواليها فالنكاح فاسد قلت فكيف يصنع بالمهر الذي اخذت منه قال ان وجد مما اعطاها شيئا فليأخذه وان لم يجد شيئا فلا شيء له عليها وان كان زوجها اياه ولي لها ارتجع على وليها بما اخذت منه ولمواليها عشر قيمتها ان كانت بكرا وان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها [illegible] ان يكونوا اخفا [illegible] وجاريته ولكونها [illegible] العتق [illegible] عندي [illegible]

فائدة المطلقة الرجعية تستحق السكنى كما تستحق النفقة لقوله تعالى اسكنوهن من
حيث سكنتم وقال تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة
والمراد بيوت ازواجهن وانما اضافه اليهن لاستحقاق السكنى لا للبائن لا للاصل
ولقوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا يعني الرجعة ولانه عليه السلم
لم يجعل لفاطمة بنت قيس نفقة ولا سكنى وقال انما النفقة والسكنى لمن يملك
زوجها رجعتها نفقة لكن المراد سبب استحقاق الكل لا الكل وليحصل
قال قدس الله سره والموطوءة بالشبهة لا سكنى لها ولا نفقة وكذا المفسوخ
نكاحها فاسدا وكذا ام الولد اذا اعتقها سيدها اما لو كان احدهن حاملا فانها
تستحق النفقة والسكنى على اشكال **اقول** هذه المسألة مبنية على ان النفقة هل
للحمل في الطلاق البائن او للحامل فقال الشيخ انها للحمل لوجودها بوجوده
وانتفائها بانتفائه كالزوجية فانه لما ثبتت ثبتت النفقة ولما انتفت انتفت وكانت
كالزوجية وقال ابن حمزة انها للحامل لانها لو كانت للولد لسقطت عن الاب بيساره
كما لو ورث من اخيه لابيه وابوه حاضر ولا وارث له سواه ولو وجبت على الجد مع فقر
الاب لكن التالي في القضيتين باطل فالمقدم مثله **واجاب** والدي بمنع بطلان
التالي فيهما فعلى هذه الفائدة اذا قلنا انها للحمل يجب وان قلنا للحامل لم يجب
قال قدس الله سره ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ولا سكنى فان كانت حاملا قيل ينفق
عليها من نصيب الحمل وللاقرب السقوط **اقول** هنا مسئلتان **آ** لا نفقة
للمتوفى عنها زوجها اذا كانت حائلا اجماعا لزوال السبب وان كانت حاملا فكذلك
لا نفقة لها على المتوفى وهل تجب على نصيب الولد اختلف الاصحاب فقال الشيخ في
النهاية تجب واختاره ابن الجنيد ومحمد بن بابويه وابو الصلاح وابن البراج وابن حمزة
وقال ابن ادريس لا ينفق عليها واختاره المصنف وهو مذهب ابن ابي عقيل وهو
اختيار الشيخ في الاستبصار وصدر به الباب وادعاه **احتج** للاولين
بوجوه **آ** قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وهو
عام **ب** ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلم قال المتوفى
عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها **ج** نفقة الحامل
هنا نفقة الحمل ونفقة الحمل من ماله اما الصغرى فلما تقدم واما الكبرى فظاهرة
اذا المال قد انتقل الى الوارث وليس عليه نفقة الحمل والجواب عن **آ** ان

الخطاب في الآية للازواج ولا نسخة الى المتاع فالمراد المطلقات وعن ب بانه
معارض بما رواه العلا في الصحيح عن محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلم قال سألته عن
المتوفى عنها زوجها الها نفقة قال لا ثم قال ينفق عليها من مالها وترك الاستفصال
مع قيام الاحتمال يدل على العموم في المقال وعن ح ان الحمل للجنب عليه شيء ولا
حكم عليه الا مع انفصاله حيا كما قاله الشيخ المفيد انه قبل خروجه الى الارض
حيا لا مال له وكيف ينفق على الحبلى من مال من لا مال له احتج الاخرون
بما رواه ابو الصباح الكناني عن الصادق عليه السلم في المراة الحامل المتوفى عنها
زوجها هل لها نفقة قال لا وفي الحسن عن الحلبي عن الصادق عليه السلم انه قال في
الحبلى المتوفى عنها زوجها انه لا نفقة لها وهذا هو الاصح عندي للاصل ولعله
عليه السلم اراد النفقة التي تملك زوجها ونحوها مب لا سكنى للمتوفى عنها زوجها
ان كانت حاملا قولا واحدا وان كانت قال بعض الجمهور لها السكنى وقال الشيخ لها حاملا
من نصيب ولدها والاقوى انه لا سكنى لها احتج القائلون بالوجوب بقوله تعالى
والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير
اخراج فنسخ بعض المدة فبقي باقيها على الوجوب والجواب انها منسوخة والحمل لا
يجب عليه شيء قبل خروجه المطلب الثاني في صفة السكنى قال قدس الله سره ولو رحل
اهلها وبقي من ينتفع به ودامت معه فالاقرب جواز الارتحال مع الاهل دفعا
لضرر الوحشة بالتفرد عنهم اقول ومن عموم قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن
ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة والاقوى عندي اختيار المصنف قال
قدس الله سره وهل له اسكانها في سفينة يناسب حالها الاقرب ذلك اقول وجه
القرب تعين الاعتداد في موضع الطلاق وقد طلقها في السفينة والمقدرات
السفينة مسكن معتاد لها فيحتمل وجوب اسكانها في بيت لان اطلاق الشارع
انما يحمل على الاغلب لا على النادر والاقرب الاول قال قدس الله سره
ولو طلقها غائبا او غاب بعد الطلاق ولم يكن له مسكن مملوك ولا مستاجر استدان
الحاكم عليه قدر المسكن وله ان يأذن لها في الاستدانة عليه فلو استاجرت
من دون اذنه فالوجه رجوعها عليه اقول لانها مطلقة رجعية وكل
مطلقة رجعية فنفقتها وسكناها كالثابت اما الصغرى فظاهرة واما
الكبرى فاجماعية ويحتمل عدم الرجوع اذ لم يأذن لها هو وهو ظاهر والاول اقوى
مع

وليس لها مسكن غيرها
بعيد لاسكانه فيها
الشخصية نظرا الى العادة
صح

مع انتفاء الغيبة اذ ولاية الحاكم انما هي على الغائب فكانت منهي عنه والاقوى الاول
قال قدس الله سره ولو سكنت في منزلها ولم تطالب بمسكن فليس لها المطالبة بالاجرة
لان الظاهر منها التطوع ولو قالت قصدت الرجوع ففيه اشكال اقول نشأ
من انها اعرف بقصدها ولان سكناها في منزلها وعدم مطالبته مع تمكنها
من المطالبة تكون قاضية لدينه بغير اذنه ولا اذن شرعي فلا ترجع كمن قضى دين غيره
بغير اذنه ولا اذن شرعي ومن اصالة براءة الذمة والجواب عندي رجوعها لان حق السكنى
لها ثابت فلا يسقط الا باجابة اليها او اسقاطها صريحا او علم التبرع وليس شيء من
هذه ثابت هنا قال قدس الله سره لو مات بعد الطلاق الرجعي سقط حقها
من نفقة العدة الا مع الحمل على راي اقول قد تقدم الخلاف في ان الحامل المتوفى
عنها هل ينفق عليها ام لا المطلب الثاني في احكام الانتقال مقدمة المعتدة المستحقة
للسكنى تسكن في المنزل الذي كانت فيه عند الفراق الا ان يمنع مانع على ما بينه المصنف وليس
لها الخروج منه وللزوج الاخراج ولا لها لما ورد في القرآن ولو اتفقا على النقلة منع ٢
الحاكم لان فيه حقا لله تعالى كما ان في العدة حق لله تعالى وتفارق سكنى النكاح
لتمحضها للزوجين فان انتقلت من مسكن الى اخر ثم طلقت اعتدت في الثاني والاعتبار
بنقل رحلها خاصة قال قدس الله سره ولو خرجت من المنزل الى موضع اجتماع القافلة
او ارتحلوا فطلقت قبل مفارقة المنازل فالاقرب الاعتداد في الثاني اقول
وجه القرب انها فارقت الاول باذن الزوج قاصدة الى الثاني باذن الزوج قبل الطلاق
وكانت كما لو طلقت في الطريق فتعتد في الثاني ومن حيث انها لم تنتقل فيه وهي في حكم
الاول فترجع اليه والاقوى الاول قال قدس الله سره ولو كان سفرها للتجارة
او الزيارة ثم طلقت فالاقرب انها تتخير بين الرجوع والمضي في سفرها اقول
لما بين المصنف حكم سفرها للانتقال ذكر هنا سفرا عنه وهو نوعان مباح محض
كالتجارة وطاعة كالزيارة فاذا طلقت بعد ابتدائها في السفر ففيه احتمالات
ثلاثة آ انها تتخير في الرجوع والمضي في سفرها لانها غير مستوطنة لواحد
منهما ولان للاول مسكنها لم تنتقل عنه فجاز الرجوع اليه ولانها صارت
الى الموضع الذي اذن لها فيه وهو السفر فجاز لها المضي فيه ولان عليها
مشقة في الرجوع ب اعتدادها في السفر ج الرجوع لانه منزلها
والاقوى عندي اختيار المصنف قال قدس الله سره ولو اذن لها في

الاعتكاف ثم طلقها خرجت فقضته ان كان واجبا سواء تعين زمانه على اشكال
اولا أقول الاشكال فيما اذا تعين زمانه ومنشاؤه من تعارض لوجوب المضيقين
المعين الزمان فان قلنا بوجوب الخروج هل يجب القضاء فيه اشكال ينشأ من ان
العذر ليس باختيارها وعدم قبول الزمان له فلم ينعقد النذر فلا يجب القضاء
ومن انه قد وجب عليها النذر ولم تفعل فيجب القضاء لاصالة صحة النذر كالحيض
في رمضان قال قدس الله سره ولو اذن لها في الخروج الى منزل اخر ثم طلقها
في الثاني ثم اختلفا فقالت نقلتني فانا اعتد في الثاني وقال ما نقلتك احتمل
تقديم قولها لان الاذن في المضي اليه ظاهر في النقلة وتقديم قوله لانه اختلاف في قصده
وهو اقرب أقول اذا اذن لها في الخروج الى منزل اخر ثم طلقها واختلفا فقالت
نقلتني الى هذا الموضع وقال ما نقلتك احتمل تقديم قولها وهو قول بعض الفقهاء
لان اذنه لها في المضي الى هذا الموضع ظاهر في الانتقال فكانت دعواها توافق الظاهر
لانها في الحال في المنزل الثاني فهو كشيء في يد انسان يدعيه غيره فخرج لبعض الخلاف
من تقابل الاصل والظاهر فان الاصل عدم الاذن في النقلة واختار المصنف تقديم
قوله لانه اختلاف في ارادته وقصده فالقول قوله في ذلك كما لو خاطب بلفظ يحتمل
لمعنيين حقيقة ثم اختلف القائل والمخاطب في قصده فان القول قول المتكلم
هذا اذا كان الاذن في المضي اليه من غير ذكر شيء اخر اما لو ادعت انك قلت اخرجي
للنقلة فانكر فالقول قوله ولو ادعى انه قلت اخرجي لحاجة او للنزهة فانكرت قالا
فالقول قولها الباب الثاني في الخلع مقدمه الخلع بفتح الخاء النزع
وبضمها خلع الرجل ثوبه وبضمها ازالة قيد النكاح بعوض منها وكراهتها للزوج
دونه وكراهتها بلفظ خلعتك وعرفه المصنف بانه ازالة قيد النكاح بفدية والمراد
فدية لازمة لماهيته فلا يرد النقض بالطلاق بعوض وسمي خلعا استعارة من
نزع الثوب لقوله تعالى هن لباس لكم وانتم لباس لهن فكان كل واحد منهما
ينزع لباسه ويسمى الخلع افتداء لان المراة تفتدي نفسها من زوجها
عما بذله والاصل فيه قوله تعالى فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح
عليهما فيما افتدت به وحبيبة بنت سهل خالعت زوجها ثابت بن قيس على حديقة
كان اصدقها اياها بين يدي النبي عليه السلام باذنه قيل وهو اول خلع وقع في الاسلام
قال قدس الله سره وفي وقوعه بمجرده من غير اتباع بلفظ الطلاق قولان
اقول

أقول قال المفيد والمرتضى وابن الجنيد يقع بمجرده من غير اتباع بلفظ الطلاق وهو الظاهر
من كلام ابن ابي عقيل والمفيد والصدوق وسلار وابن حمزة وقال الشيخ في المبسوط لا
يقع بمجرده بل لا بد من التلفظ بالطلاق وهو مذهب ابن البراج في المهذب وابن
ادريس ويظهر من كلام ابي الصلاح واختار شيخنا في المختلف وقوعه بمجرده وهو
الاقوى عندي لنا ما رواه محمد بن اسمعيل بن بزيع في الصحيح قال سالت ابا الحسن
الرضا عليه السلام عن المراة تبارئ زوجها او تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير
جماع هل تبين منه بذلك او هي امراته ما لم يتبعها بالطلاق فقال تبين منه قلت
له قد روي انها لا تبين منه حتى يتبعها بالطلاق قال ليس ذلك اذن خلع فقلت
تبين منه قال نعم وهو نص في الباب احتج الشيخ بما رواه موسى بن بكير
عن ابي الحسن الاول عليه السلام قال المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت في عدتها
الحديث والجواب موسى بن بكير واقفي وفي الطريق ايضا علي بن فضال وفيه قول قال
قدس الله سره وهل هو فسخ او طلاق فينقص به عدده قولان أقول الخلع يقع به
البينونة اجماعا والخلاف في انه هل هو فسخ او طلاق قال المرتضى وابن الجنيد انه طلاق
وينقص من عدد الطلاق واختاره والدي في المختلف وقال الشيخ تفريعا على القول
بوقوعه بمجرده الاولى انه فسخ لا طلاق والا لكان كناية عن الطلاق لا صريحا والطلاق
لا يقع بالكناية احتج الشيخ بقوله تعالى الطلاق مرتان ثم قال فلا جناح عليهما
فيما افتدت به ثم قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فذكر تطليقتين
والخلع وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان اربعا ولانها فرقة خلت
عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخا كسائر الفسوخ والاقرب عندي اختيار
المرتضى لانها بذلت عوضا عن الفرقة التي يملكها الزوج فالفرقة التي يملك الزوج
ايقاعها هي الطلاق دون الفسخ ولان ثابت بن قيس لما خلع زوجته بين يدي
النبي عليه السلام لم يامره بلفظ الطلاق بل بلفظ الخلع قال لها رسول الله صلى الله عليه
وسلم اعتدي ثم التفت الى اصحابه فقال هي واحدة ولان الزوجين لا يملكان
فسخ النكاح بالتراضي لان المقصود منه التابيد والتاكيد ويتفرع على ذلك انه
هل ينقص به عدد الطلاق فان قلنا انه فسخ لم ينقص به والا نقص وعلى انه
فسخ يكون تجديد النكاح والخلع من غير حصر ولا احتياج الى محلل في الثالث
بخلاف ذلك على انه طلاق قال قدس الله سره وهو اما حرام كان يكرهها

بزيع ... ابو جعفر محمد بن اسمعيل بن بزيع ثقة صحيح

للخالعة وتسقط حقها ولا يتصرف لها ولا تسقط حقها ووقع الطلاق رجعيا أن
تبع به وإلا بطل وكذا لو منعها حقها من النفقة وما يجري حتى خالعته على إشكال
أقول ينشأ من انه اكراه أو لا لان منع فوائد النكاح وحقوقه ينفي فايدته فكان اكراها
ومن انه لا يعد اكراها والاقوى عندي انه لا يصح لقوله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا
فكلوه هنيئا مريئا شرط في حل الفدية اختيارهن وطيبة نفوسهن وهو منتف ولقوله
تعالى ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا قال قدس الله سره وانما يستحب بأن تقول
لا أدخل عليك من تكرهه وقيل يجب أقول الأول هو المشهور والثاني اختيار
الشيخ في النهاية وابي الصلاح وابن البراج في الكامل وابن زهرة وهو الحق للأصل
لصحيح الشيخ بوجوب النهي عن المنكر ولا يتم إلا بهذا الخلع وما لا يتم الواجب إلا به
فهو واجب والجواب المنع من المقدمة الثالثة فإنه والذي في المختلف الظاهر
ان مراد الشيخ بذلك شدة الاستحباب قال قدس الله سره ولو أتت بالفاحشة
جاز له عضلها لتفتدي نفسها وقيل انه منسوخ أقول وجه الأول قوله تعالى
ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة والاستثناء
من النهي اباحة ولانها اذا زنت لم يأمن أن تلحق به ولدا من غيره وتفسد فراشه فلا يقيم
حدود الله تعالى في حقه فيدخل في قول الله تعالى ان خفتم الا يقيما حدود الله
فلا جناح عليهما فيما افتدت به ووجه الثاني ما تقدم وقوله تعالى فان طبن لكم
عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا المشروط عدم عند عدم الشرط والجواب
تخصيصهم عن حجة الأول لبيان أن الآية الأولى التي استدلوا باستثنائها منسوخة
قال الشيخ في المبسوط ما معناه ان النسخ خلاف الأصل يحتاج الى دليل ولم يثبت
واختاره رحمه الله الأول قال قدس الله سره نعم لو رجعت هي في البذل جاز
له الرجوع في العدة وليس له ان يتزوج باختها ولا برابعة بعد رجوعه في البذل
وهل له ذلك قبله اشكال منشؤه من حيث البينونة ومن حيث انها متزلزلة
أقول أيضا ومن انه في حكم الرجعي ومن انه باين قبل الرجعة والاقوى عندي
انه لا يجوز لانه يستلزم امكان ان يجمع اكثر من العدد في حباله ورجعته
شرعا وهو محال قال قدس الله سره فان جوزناه فرجعت في العدة فالأقرب
جواز رجوعها وليس له حينئذ ان يرجع أقول وجه القرب وجود المقتضي وعدم
المانع لانه لا مانع لها وعدم رجوعه لمانع ولم يثبت في حقها ومن حيث انه يمكنه
من

من الرجوع لازم لرجوعها والا لزم منتف فينتفي الملزوم قال قدس الله سره ولو
رجعت ولما يعلم حتى خرجت العدة فالأقرب صحة رجوعها ومنع رجوعه أقول
وجه القرب وجود المقتضي وعدم المانع كما تقرر ويحتمل عدم صحة رجوعها لانه
مستلزم لتحقق في الرجوع ولم يحصل لانه موقوف على علمه وعدمه منها واعلم ان
كلام الشيخ الاصحاب كالشيخ يظهر منه تلازم جواز رجوعها المقصد الثاني
في اركانه وفيه مطالب الأول الخالع قال قدس الله سره ولو ادعت وقوعه
حال جنونه وادعى حال الافاقة او بالعكس فالأقرب تقديم قول مدعي الصحة في الواقع
أقول لعموم النص على تقديم قول مدعي الصحة في الواقع مع امكانها من حيث الجهل
بالشرط قال قدس الله سره ولو خالع ولي الطفل بمهر المثل صح ان قلنا هو فسخ
والا فلا أقول صحة خلع ولي الطفل عنه موقوف على مقدمات أربع أ انه فسخ
ب انه لا يحتاج الى ان يتبع بالطلاق ج ان يكون بمهر المثل أو بأقل مع مصلحة الطفل
ولا اعتبار المصلحة في الصورتين د ان الولي له ملك فسخ النكاح وعلى القول بان الخلع طلاق
او يتوقف على اتباعه بالطلاق فانه لا يقع من الولي قال قدس الله سره ولو خالع
السفيه بعوض المثل صح ولا يتصرف بل وليه فان سلمته اليه برأت ان كان باقيا اخذه
وليه وبرئت وان اتلفه كان للولي مطالبتها به لا بمهر المثل وليس لها الرجوع على السفيه
بعد فك الحجر لانها سلطته على الاتلاف بتسليمه اليه ولو اذن لها الولي في الدفع اليه
فالأقرب براءة ذمتها أقول كل من صح استقلاله بالطلاق صح استقلاله بالخلع
ويتفرع على ذلك صحة الخلع من السفيه وذكر ما لا كلام عليه مني إلا هنا بعوض المثل
ولا شك في صحته بعوض المثل لكن ان كان قصد الصورة الاجماعية واعرض عن
غيرها وهو حكم ناقص فلا شك فيه وان قصد اشتراطه فعندي فيه نظر لانه لا يزيد
على الطلاق مجانا وطلاقه مجانا نافذ خصوصا على القول بانه طلاق وعلى
القول بصحة النكاح لو تزوج الولي الصغيرة بدون مهر المثل وصحة الخلع هنا أولى
واطلق والدي قدس الله سره في التحرير صحة خلع السفيه ولم يشترط عوض المثل
وهذا هو الصحيح عندي ويتفرع على صحة خلع السفيه ملكه للعوض و
ضمانه له الى ان يصل الى مستحق القبض والسفيه لا يستحق قبضه فلا تبرأ بتسليمه
اليه فاذا سلمته اليه كان في ضمانها وقدم السبب هنا على المباشر لانها سلطته بتسليمها
اليه سلطته عليه فصار السبب اقوى ولا ترجع على السفيه بعد رشده ورجع علي

بركاته

العبد لتحقق عتقه لانه كلما نفى الضمان للحجر لحق الغير نفى الحجر ما بقى حق الغير وكلما
كان يحفظ ماله لنفسه فيما اقتضى نفى الضمان حالاً ومآلاً والا لم يحصل حفظ
ماله فانتفت فائدة الحجر فرجع بالابطال على الاصل هذا اذا كان التسليم بغير اذن المولى
فان اذن المولى لها في التسليم فالاقرب براءة ذمتها ويحتمل العدم لانه اذن فيما لا يصح
للاولى واعلم ان اطلاقهم في هذه المسئلة انما موضع اشتباه قال قدس الله سره وفي الصبي لو
اذن له الولي اشكال وكذا المجنون اقربه عدم البراءة اقول منشأ الاشكال
من اذن الولي ومن عدم اعتبار فيهما وهذا هو الاقرب والاصح عندي والاولى عندي
والفرق بينهما وبين السفيه ظاهر لانه مكلف قال قدس الله سره وهل لها الرجوع على
الولي مع جهلها اشكال اقربه ذلك لانه سبب اقول ويحتمل العدم لفساد الاذن
والحجر للاولى قال قدس الله سره وهل للعبد الخلع بغير اذن مولاه اقربه ذلك ان
جعلناه طلاقا او فسخا على اشكال اقول وجه احتمال توقفه على اذن
المولى انه معاوضة لانه افتداء لقوله تعالى فلا جناح عليكم فيما افتدت به وكل افتداء
معاوضة ما والعوض يملكه المولى فيتوقف على اذنه والحق انه ان قلنا انه طلاق
فالطلاق بيد العبد وكان هذا الخلع بيد العبد لا المولى وان قلنا انه فسخ فالمصنف فيه اشكال
ومنشؤه ان هذا الفسخ بعوض وكانت معاوضة محضة من الطرفين كالنكاح والبيع
الا ترى انه لا يشترط وروده على عوض النكاح بل يجوز ايراده على عوض جديد ويشترط
فيه التواصل والتطابق بين طرفيها كالبيع والنكاح ولا يستلحد مالا في مقابله
ما يخرجه من ملكه ولبطلانه ببطلان العوض ويحتمل عدم الحاقه بالمعاوضات
المحضة لانها انما تكون مع كون العوض ما لين وقد ظهر من ذلك الفرق بين الطلاق
والفسخ فانما ذكر المصنف الاشكال في الفسخ لاظهار الفرق خاصة والاولى عندي
انه لا يتوقف على القولين وهو اختيار المصنف في التحرير المطلب الثاني في الخالعة
قال قدس الله سره ولو خالعت الامة فبذلت مالا حتى لا انها صح فان اذن في قدر معين
فبذلته تعلق بما في يدها ان كانت مأذونا لها في التجارة وان لم يكن مأذونا لها
في التجارة تعلق بكسبها ولو لم يكن ذات كسب تعلق بذمتها يتبع به اذا اعتقت
وايسرت ولو قيل يتعلق بالسيد مع الاذن مطلقا كان حسنا اقول
الاول قول الشيخ في المبسوط والاخر اختيار المصنف لانه لم يحصل العوض بل كانه
تعلق

وهو يحتمل ... لا يصح فيتحمل ... [illegible]

قلت فكان العوض عليه وهذه المسئلة تبتنى على انه لو اذن السيد لعبده في النكاح
هل يكون المهر على السيد او في كسبه المطلب الثالث الصيغة قال قدس
الله سره ولو نوى بالخلع الطلاق ففي وقوعه اشكال اقول هذه المسئلة
مبنية على ان الخلع هل هو فسخ او طلاق فان قلنا بالاول لا يقع لانه يكون كناية
في الطلاق حينئذ لانه مجاز فيه ولا يقع عندنا بالكناية وان قلنا انه طلاق فعلى
اشتراط اتباعه بالطلاق لم يقع لانه حينئذ كناية ولا ينصرف بالكناية عندنا وان
قلنا انه لا يشترط فيه كان صريحا ووقع وقد بينا الخلاف ووجه كل
قول في المسئلتين فيما تقدم والاقوى عندي انه طلاق لقوله عليه السلام في قصة
ثابت ابن قيس هي واحدة وحكم عليه السلام بانه طلاق وانه يقع بمجرده بحكمه عليه
السلام في قصة ثابت بالبينونة ولم يقع بلفظ الطلاق قال قدس الله سره
ولو نوى بفسخه اذا فسخ لعيب الطلاق لم يقع وهل يلزم النكاح الاقرب ذلك معه
اقول وجه القرب ان ارادة الطلاق تدل على الرضا بالنكاح ويحتمل عدمه
لعدم وقوع الطلاق والالتزام بالنكاح تابع له واذا لم يقع المتبوع لم يقع
التابع وفيه منع قال قدس الله سره ولو طلبت منه طلاقا بعوض فخلعها
مجردا عن لفظ الطلاق لم يقع على القول بانه طلاق والا على الاخر ولو
طلبت منه خلعا بعوض فطلق به وقع الطلاق رجعيا ولم يلزم البذل ان
قلنا انه فسخ ويلزم على انه طلاق او مفتقر اليه اقول اللفظ الدائر بين
الزوجين سؤالا من جانب المراة واجابة من جانب الزوج اما ان يكون واحدا من الجانبين
او لا فان كان الاول ثبت حكمه وان كان الثاني ففيه مسئلتان أ ان سألت الطلاق
فخلعها بالخلع مجردا عن لفظ الطلاق لم يقع الخلع لان سؤالها طلاق وبذلها
عليه والطلاق صريح في معناه يقينا متفق على الزام حكمه والخلع فيه
قولان وعلى قول انه فسخ ولم يعقبه بالطلاق لم يات بما سألت وما بذلت عنه
فلا يكون له العوض ومتى بطل العوض بطل الخلع وان قلنا انه طلاق فعلى من
يحمله كناية لم يجبها بما سألت وبذلت لانها سألت الصريح فاجابها بالكناية وعلى
القول بانه صريح لم يجبها بما سألت ايضا لانها سألت ايضا اللفظ صريحه بالاتفاق
يقينا فاجابها بلفظ اجابها كنه محتملا فيها فلذلك قال على القولين ب انه
سألته خلعا بعوض فطلقها به فههنا على القول بانه فسخ لم يجبها بما بذلت

في مقابلته فيبطل العوض فيقع الطلاق رجعيا ولم يلزم العوض وان قلنا انه
طلاق وقع الطلاق بعوض وكان له العوض لانها سألته بعوض بكناية واجابها
بصريح فهو اكد وعلى القول بانه مفتقر الى الطلاق واتى بالطلاق يكون له
العوض لان القائل بهذا القول يجعله كناية عن الطلاق والكناية لا تقع بها وانما
تقع بالطلاق الذي يعقبه ولا اعتبار حينئذ بالخلع وفيه نظر لاستحالة خلو
شرع الشارع حكما عن الفائدة وانه لا يوثر شيئا او في عبارة المصنف نظر لانه صور
المسألة بانه خلعها مجردا عن الطلاق والجواب انه قد ورد في الاخبار انه مجرده
قال قدس الله سره وهل يتعدى يتولى البذل والايقاع وكيل واحد عنهما الاقرب
الجواز **اقول** هذه المسألة مبنية على البيع والنكاح وسائر العقود فان قلنا
بعدم الجواز فهنا اولى لان البذل جعالة والموثر في البينونة الصيغة الصادرة من
الزوج فهو ليس من قبيل العقود وان قلنا ثمة بالمنع كابن ادريس فالاقوى هنا
الجواز لانه ايقاع ويحتمل المنع ان قلنا ان هذا عقد وقلنا بامتناعه في العقود
فعلى القول بعدم الجواز يقول الممنوع منه ليس التوكيل بل ما شرع البذل
والخلع من واحد اما الوكالة فصحيحة فعلى هذا يختار الوكيل في تولي ما شاء
من الطرفين مع الآخر او وكيله **فائدة** توكيل المرأة فيما لها وهو ازيد استدعاء
الخلع او الطلاق وتقدير العوض وبذله في مقابله مما استدعته من الخلع او الطلاق
وتسليمه فلا يخرج توكيلها عن هذه الامور والزوج يوكل فيما له وهو شرط العوض
وايقاع الطلاق او الخلع في مقابلة البذل ولا يخرج توكيل واحد منهما عن
ماله **المطلب الرابع** في الفدية **قال** قدس الله سره ولو خالعها على عين مستحقه
اما معصوبا ولا وان علم فسد الخلع ان لم يتبعه بالطلاق وان اتبعه كان
رجعيا فان لم يعلم استحقاقها بطل الخلع ويحتمل الصحة ويكون له المثل او
القيمة ان لم يكن مثليا **اقول** قال الشيخ في المبسوط يبطل الخلع ووجه احتمال
الصحة ان المعاوضة هنا ليست حقيقة كما في البيع **قال** قدس الله سره
ويصح البذل منها ومن وكيلها او وليها عنها وممن يضمنه باذنها وهل يصح
من المتبرع الاقرب المنع **اقول** قوله وهل يصح الضمير فيه يحتمل ان يكون راجعا
الى الضمان فيكون البحث انه اذا قال خالعها وحسبك على مائة وعلي ضمانها
فان هذه الصيغة اعتبرها الشارع في الضمان في موضع بالاجماع وهو الق

واعلم ان المصنف صور المسألة الاولى بانه خلعها مجردا عن الطلاق وهو انما يتأتى لو سال خلعا مطلقا ح

ويمكن الاحتجاج بان العوض لازم لماهية الخلع وبطلان اللازم يستلزم بطلان الملزوم ح

ويحتمل ... العقود ... الصحة ... لو ... بطلان ... عن العوض ... متاعك في ... نقص المراد ... للطلاق كان ... او القيمة ان امكن كذلك ... وكذا ... بطلان الخلع

متاعك في البحر وعلي ضمانه وفي ضمان ما يحدثه المشتري من بناء وغرس على قول
جماعة وقدره في الارتهان في قوله من يطلب ... فلما اخذه الراهن من وليه
والاعواض من الارث انما يكون عن ضمان وليس بتمانة وقدره الشارح وصحح
للاب آخذ به وعلى هذا الاحتمال هل يصح الاقرب لا وهو اختيار المصنف هنا
لانه ضمان ما لم يجب لانه عوض عن ملك البضع لم يرجع الى المراة ولا يصح ان يملك احد
عوضا او عوضه على غيره ولانه على خلاف الاصل فيقتصر فيه على محل النص ووجه
الجواز انه افتداء للابنة والافتداء يصح من الاجنبي ويحتمل رجوع الضمير في يصح الى البذل
واختار المصنف عدم الصحة وهو الاصح **قال** قدس الله سره اما لو طلقها على
الف من مالها وعلي ضمانه او على عبدها هذا وعلي ضمانه صح فان لم ترض بدفع البدل صح
الخلع وضمن المتبرع على اشكال **اقول** ينشأ من انه ضمان ما لم يجب ومن ان
الضرورة قد تدعو الى ذلك كما لو قال الق متاعك في البحر وعلي ضمانه **قال** قدس الله سره ويصح
جعل الارضاع فدية ويشترط تعيين المدة والمرتضع وكذا النفقة بشرط تعيين
المدة وقدرها من الماكول والملبوس فان عاش الى قوله ولو لم يحمل الصبي اليها للارضاع
مع امكانه حتى انقضت المدة ففي استحقاقه العوض نظر **اقول** يصح جعل
النفقة الواجبة عليه كنفقته او نفقة من يجب عليه نفقته فدية بالشرائط المذكورة
لان الفدية لا يجب ان تكون معلومة مع علم وجوبها عليه نفقته نظر من حيث انه عوض عن ملكه
فيجب ان يكون له واذا اوجب النفقة عليه فالعوض لغيره ومن انه مقصود ... دينه
فيصح وعلكه او لابا ولغيره وينتقل منه الى من شرطه له بتمامه كاعتق عبدك
عني ووجه النظر في انه اذا لم يحمله اليها انه لم يحصل له العوض الذي وقع عليه
الصلح وتعذر بانقضاء المدة فيجب عليها عوضه ومن انها قد بذلت له ذلك ومكنته
وهو امتنع من استيفائه فلا يلزمها عوضه والاقوى بطلانه **المطلب الخامس**
في سؤال الطلاق **قال** قدس الله سره ولو قالت طلقني ثلاثا على ان لك علي الفا
فطلقها قيل لا يصح لانه طلاق بشرط والوجه انه طلاق في مقابله عوض ولا يعد
شرطا **اقول** البحث هنا في مقامين ا في نفس هذه الصيغة وهي قولها
طلقني على ان لك علي الفا من غير الفاء او الى عدد الطلقات فانه لو قالت
طلقني واحدة على ان لك علي الفا فقال طلقتك واحدة على ان عليك الفا
كان الخلاف جاريا في صحته وفساده ويمكن ان يقول اختلف الاصحاب

قال صح

فيه فقال الشيخ انه طلاق بشرط لان على التي بعينها ان من ادوات الشرط والطلاق
بشرط لا يصح واحتج على الصغرى بانه وردت في القران استعمالها في الشرط في
قوله تعالى قال له موسى هل اتبعك على ان تعلمن مما علمت رشدا والاصل في الاستعمال
الحقيقة وهذه الصيغة مشهورة في العرف انها للشرط واجاب المصنف عنه بمنع
كونها من ادوات الشرط حقيقة بل هي للعوض وقد وردت في القران في قوله تعالى
فهل نجعل لك خرجا على ان تجعل بيننا وبينهم سدا وفي قوله تعالى اني اريد ان انكحك
احدى ابنتي هاتين على ان تأجرني ثماني حجج فان اتممت عشرا فمن عندك فجعلها عوض
البضع او رده فيكون مشتركا فلا الجزم بالصحة لاحتمال انها اداة الشرط وكل عقد
كذلك فهو باطل والجواب انه اذا تعارض المجاز والاشتراك فالمجاز ارجح
وعدها اهل اللغة ادوات الشرط ولم يذكروا العوض فيها والاصح عندي اختيار
المصنف والفرق بين هذه الصيغة وبين طلقني بالالف ان الباء للعوض اتفاقا
ب من حيث جعل الالف في مقابلة الثلاث وهذه المسألة هي المذكورة في هذه
المقالة **قال** قدس الله سره فان قصدت الثلاث ولاء لم يصح البذل ولو
طلقها ثلاثا مرسلا لانه لم يفعل ما سألته وقيل له ثلث الالف لوقوع الواحدة وفيه
نظر **اقول** هذه المسألة الثانية ومعنى قوله ولاء هو ان تقول انت طالق انت
طالق انت طالق والمرسل هو ان تقول انت طالق ثلاثا مقدمة اذا سألت المرأة
الطلاق الطلاقة والقسمة ببذل فلحقها الزوج فان هذا معاوضة من جهة
وجعالة من جهة اما انها معاوضة فلانه تحصل ملك البضع للمرأة وزواله عنه
عما تبذله من العوض واما مشابهته للجعالة فلانها جعلت المال في مقابلة ما
تستقل الزوج بفعله وهو الطلاق فاذا اتى به وقع الموقع وحصل مقصودها
الذي هو غاية لها في بذل المال اذا تقرر ذلك فنقول ها هنا مسائل أ
ان تقصد الثلاث ويوقع الثلاث ولاء ب ان لا يتعين قصدها لكن يوقعها ولاء
مرسلا وقد اختلف الفقهاء في هاتين المسألتين فقال كثير من الامامية يبطل
البذل ولا شيء له اما في الاولى فلامتناع الغاية المجعول عليها عندنا وعند كثير
من المخالفين لان الطلاق الثاني اوقعه على المطلقة واما في الثانية
فلانه ما اتى بما سألته وقيل في المسألتين له ثلث الالف لانها جعلت في مقابلة
عدد وقد حصل لها الثلث فيكون له ثلث الالف توزيعا للمسمى على العدد المسؤول
قال

قال قدس الله سره وفيه نظر منشؤه قول الشيخ في المبسوط فانه قال
ان له الثلث كما ذكرنا والاصح انه لا شيء له لانها انما بذلت في مقابلة المجموع ولم
يحصل منها ولا دلالة على التوزيع بشيء من الثلاث ولان الطلاق
في نفسه غير متقوم ولا عوض له الا ما بذل عنه ويتوقف بالقاعدة على الوجه الذي
طلب جامعا للشرائط ولم يحصل منها البذل الا على المجموع من حيث هو مجموع فلا
يكون له شيء على الواحدة والضابط انه كلما حصل المجموع وهو مطلوب لم يحصل
الواحدة من اجزائه ولم يكن الاجزاء متقومة في نفسها فان بذل العوض عن المجموع من
حيث هو مجموع لا يستلزم تقسيطه على الاجزاء الا مع النص على مقابلة الاجزاء
بالاجزاء **قال** قدس الله سره ولو قصدت طلاقا بائنا رجعتين فان طلقها بالاولى للالف
وان طلق واحدة قيل له الثلث وفيه نظر لان مقابلة الجميع بالجملة لا تقتضي مقابلة الاجزاء
بالاجزاء **اقول** الفرق بين هذه المسألة والمتقدمة عليها ان التي قبلها طلبت ثلاثا لا
رجوع بينها والبذل على هذا الوجه فاسد عند المصنف واما هذه المسألة فانها
على الثلاث برجعتين تراخ الوقت ذلك فنقول القول بان له الثلث للشيخ رحمه الله
ووجه النظر ما ذكره المصنف ومستنده ما ذكرناه فيما قبل واعلم ان هاهنا
اشكالا وهو اتصال الطلاق بالبذل بلا فصل شرط في صحته فاذا جعل الالف ان صح
في مقابلة الثلاث والطلاق الثاني لا يتصل بالبذل لتخلل الرجعة والنكاح بالطلاق الاول
والرجعة واجيب عنه بان ذلك من مقومات الطلاق وصحته ولا يعد
فصلا ولا اتصال فيما هو بالتدريج انما هو بالجزء الاول واتصال الثاني به وعندي فيه
نظر لان البذل ليس على الاول وبعضه يكون على طلاق يحصل في نكاح اخر
فلا يصح المبتدا فكذا الثاني وتنزيل الرجعة منزلة النكاح مجاز بخلاف الاصل فلا
يكون له حكمه من كل وجه **قال** قدس الله سره ولو قالت طلقني واحدة بالف
فطلقها ثلاثا ولاء فان قال الالف في مقابلة الاولى فله الالف ووقعت بائنة ولغت
الباقيتان وان قال في مقابلة الثانية فالاولى رجعية ولا الف له والباقيتان
باطلتان ولو قال في مقابلة الجميع وقعت الاولى قيل له ثلث الالف ولو
قيل الالف كان وجها حيث اوقع ما طلبته **اقول** قال الشيخ في المبسوط
له ثلث الالف لانه جعل الالف في مقابلة الكل فيكون في مقابلة كل واحدة
ثلث الالف وقال المصنف له تمام الالف لانها جعلت الالف في

مقابلة طلقة واحدة ففعل ما جعل له عليه كمن فعل ما جعل له على شيء استحق ذلك المعين
عندنا ح بلغ انّ هذا يستحق الالف والصغرى ظاهرة لانه لا تقدير واما الكبرى فلانه لا تقع
الثلاث وانما تقع واحدة فيلغو الضميمة والفرق بين هذه وبين ما لو قال بشرط
منك هذا العبد بالف فقال بعتكه مع هذين العبدين للآخرين بالف وقلنا بصحة
تقدم القبول فان البيع يبطل قولا واحدا عندنا ان البيع معاوضة محضة والخلع
شبيه بالجعالة من وجه والعاقبة بقوله وله احتمال عن اطلقها ثلاثا بجعلين
فانه ليس له شيء قطعا لان المسؤول الطلقة البائنة لان الطلقة في مقابلة عوض وهو بائن
واما الثانية طلقة في مقابلة عوض والبائن هي الثالثة ولم تعقب السؤال بل باخرى ولاه
عوض له عنها **قال** قدس الله سره ولو كانت معه على طلقة فقالت طلقني ثلاثا بالف
فطلق واحدة كان له ثلث الالف وقيل له الالف مع علمها لان معناه كمل لي الثلاث
لتحصل البينونة والثلث مع جهلها بانه لم يبق له الا طلقة واحدة نادرة ذي علمها اقدم قوتها
مع اليمين **اقول** وجه قول المصنف انه جعل في مقابلة عدد وكل جعل على عدد
توزع عليه لانه مقتضى الجعالة والقائل بالتفصيل المذكور هو الشيخ في المبسوط ووجهه
انه اذا كانت عالمة لم تبذل في مقابلة ثلاث مستقلة لعلمها بانها لا تحصل والعاقل
لا يترك كلامه الاعلى الصحيح بل يكون مقصودها الحرمة الكبرى لا انها الغاية
المترتبة من الثلاث فكانها قالت كمل لي الثلاث واما مع جهلها فمقصودها
صورة العدد المسؤول فيوزع عليه وقد ذكرت ان الاقوى عندي انه كلما كان البذل
على مجموع لم تقسط مع وقوع بعضه خاصة فلا يجب عندي للثلث بل التحقيق انه
ان قصدت بقولها لا اما كمل لي الثلاث لتحصل التحريم الحاصل من الثلاث فله الالف
والا فلا شيء له **قال** قدس الله سره وكذا لو قالت بذلت في مقابلة طلقة في
هذا النكاح وطلقتين في نكاح اخر **اقول** البحث هنا كما تقدم لكن هنا يحتمل
ان يقال انه نص على جعل في مقابلة هذه الطلقة **قال** قدس الله سره ولو كانت
معه على طلقتين فطلقها اثنتين مع علمها استحق الجميع ومع جهلها الثلثين وان
طلق واحدة استحق الثلث مع جهلها ومع علمها النصف لانها بذلت الالف
في تكملة الثلاث ويحتمل الثلث لان هذه الطلقة تعلق بها من تحريم العقد
شيء **اقول** الاقوى عندي ما ذكرته في المسألة السابقة **قال** قدس الله سره